الخير كالصدقات وبناء المساجد والمدارس وقرى الضيف فان كان لائقا بحاله عادة لم يكن سفيها قطعا وان زاد
على ذلك فالمشهور انه كذلك اذ لا اسراف في الخير كما لا خير في الاسراف وفي التذكرة ان ما زاد منه على ما يليق بحاله تبذير
لانه اتلاف للمال وقال تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط وهو مطلق فيتناول
محل النزاع لكنه لا يدل على مطلوبه لان الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف والنهي هنا لا يقتضيه ومن
المستفيض خروج جماعة من اكابر الصحابة وبعض الائمة كالحسن عليه السلام من اموالهم في الخير اللهم الا ان يمنع من ذلك
لا يليق بهم والكلام انما هو في ذلك كالمصرف للتاجر سوار كلها في عمارة المساجد وفك الرقاب ونحو ذلك
كاشتل به المانع منه قوله فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه وكذا لو وهب او اقر بمال الا انه يمنع من جميع
التصرفات المالية سواء في ذلك ما ذكره وغيره ولا فرق في ذلك بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين
الذكر والانثى قوله نعم يصح طلاقه وظهاره وخلعه واقراره بالنسب وبما يوجب القصاص الخ المقتضي للحجر صيانة
المال وهذه الامور لا تضييع عليه فيها اما الطلاق والظهار فظ اذ ليس فيهما الا فوات الاستمتاع
ولو فاء المظاهر كفر بالصوم واما الخلع ففيه كسب للمال فاولى بعدم المنع ولا فرق بين كونه بمهر المثل ودونه
يجوز له الطلاق بغير شيء فمهما كان من العوض اولى ويحتمل المنع بدونه اجراء له مجرى المعاوضة كالبيع بدون ثمن
المثل والفرق واضح واما الاقرار بالنسب فان لم يوجب النفقة فقبوله واضح وان اوجبها اشكل من حيث استلزامه
لوجوبها فينبغي ان لا ينفذ لانه تصرف في المال ويندفع بان الاقرار يتضمن شيئين احدهما الحاق النسب وهو
ليس بمال فيجب ان يثبت والثاني الانفاق عليه وهو تصرف مالي فلا يثبت وان كان احدهما لا ينفك
عن الاخر غالبا الا ان تلازمهما غير معلوم ومثله في الاقرار بما يوجب ... ثبوت احدهما دون الاخر الا
بالسرقة مرة واحدة من الحرز فانه يثبت به المال دون القطع وبالعكس لو اقر هذا السفيه بالسرقة فانه يقبل
في القطع دون المال ... فينفق عليه من يستحقه من بيت المال لانه معد لمصالح المسلمين وهذا منه
وللشهيد رحمه الله قول بانه ينفق عليه من ماله لانه فرع على ثبوت النسب لان في الانفاق عليه من بيت المال
اضرارا بالمسلمين فكما يمنع من الاضرار بماله كذلك يمنع بغيره ويضعف بان الاقرار انما نفذ فيما لا يتعلق بالمال
كما قدمناه وبيت المال معد لمصالح المسلمين فكيف يقال ان مثل ذلك يضرهم اذ ذلك اتفق في كل من يأخذ
منه جزاء ولانه لو قبل في النفقة لامكن جعله وسيلة الى تضييع المال لان ذلك من مقتضيات السفه واما
اقراره بما يوجب القصاص فانه لم يستلزم فوات نفس ... به لانه مكلف عاقل ولا خلاف فيه وكذا ان كان
في نفس وطلب المقر له القصاص اما لو طلب المال ففي اجابته اليه نظر من وجوب حفظ النفس التي هي اولى من حفظ
المال ومن انه مفوض للغرض من الحجر لامكان ان يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال والاقوى وجوب المال
قوله ولو وكله اجنبي في بيع او هبة جاز لان السفه لم يسلبه اهلية التصرف وانما سلبه اهلية التصرف مطلقا
وانما سلبه اهليته في المال خاصة وايقاع صيغة العقد ... عنه واللام في التصرف اما للعموم بناء على ان المفرد المحلى

يفيد العموم

يفيد العموم او اراد العموم بمن يجب من الجانبين ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث منع من تصرفه بذلك قوله
ولو اذن له الولي في النكاح جاز اما تجويز الاذن له فيراد ابعته على وجه لو من معه من اتلاف المال بان يعين الزوجة
والمهر واحتمال الاكتفاء بتعيين الزوجة وانصراف اطلاق الاذن الى كونه بمهر المثل الا ان الاولى التسبب بالعرض من
الحجر ولا يخفى ان جواز ذلك من الولي مشروط بالمصلحة كالو اشترط بنفسه بل هنا اولى وكذا القول فيما لو اذن
له في غيره من التصرفات المضبوطة كبيع الشيء الفلاني بكذا فلو اطلق له الاذن كان لغوا لاستلزامه فوات الغرض
من الحجر عليه قوله ولو تصرف فاجاز الولي فالوجه الجواز للامن من الانخداع الوجه هو الوجه لما ذكره من الوجه
وخالف في ذلك الشيخ وجماعة فحكموا بعدم صحة تصرفه وان اذن الولي له فضلا عن اجازته له قوله والمملوك
ممنوع من التصرف الا باذن المولى لا فرق في المنع من تصرفه بدون اذنه بين ان نقول يملك وعدمه ويستثنى
من المنع من تصرفه طلاقه فيجوز بدون اذن مولاه بل وان كره لان الطلاق بيد من اخذ بالساق واستثنى في
الذكرى ضمانه لانه تصرف في الذمة لا في العين ثم ان علم المضمون له بعبوديته قبل الضمان فلا رجوع له
والا فله الرجوع لاعساره وسيأتي الكلام فيه قوله والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث اجماعا ما لم يجز
الورثة اي ممنوع من ايقاعهما على وجه النفوذ بدون اجازة الورثة لانها تقع باطلة في نفسها والحاصل ان
وصيته بما زاد تكون موقوفة على اجازتهم فان اجازوها صحت والا بطلت وهذا هو المشهور بل المذهب
خلافا لعلي بن بابويه فانه اجاز وصيته بجميع ماله استنادا الى رواية قاصرة وحملت على من لا وارث له او على ما اذا اجاز
الورثة قوله وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا والوجه المنع احترز بالتبرعات عن
المعاوضات في مرض الموت كالبيع فانه يصح اذا وقع بثمن المثل ولو اشتمل على محاباة فهي من جملة التبرعات
او المنجزة المعجلة في حال الحياة كالهبة والعتق والمحاباة في الثمن وتزويج المرأة نفسها بدون مهر المثل واجارة
نفسه كذلك وفي وقوع نفسه [illegible] من اصل المال او من الثلث قولان احدهما من الاصل ذهب اليه
جماعة من المتقدمين منهم المفيد والشيخ في احد قوليه وابن ادريس لانه مالك تصرف في ملكه فكان ماضيا
كالو تصرف صحيحا وعليه شواهد من الاخبار الا ان في طريقها عمارا او سماعة وهما فاسدا الرأي لكنهما ثقتان
والثاني انها من الثلث ذهب اليه جماعة من المتقدمين منهم الصدوق والشيخ في احد قوليه واختاره
عامة المتأخرين ومنهم المصنف رحمه الله وهو الاقوى للنصوص الكثيرة الدالة عليه بعضها بالمفهوم وبعضها
بالمنطوق ويستثنى منه مواضع تأتي ان شاء الله واعلم ان المصنف بعد حصره اسباب الحجر في الستة ذكر منها الرق وقد
تقدم ذكر المفلس وترك البحث عن الجنون وهو كان اولى من ذكره كغيره ولعله ترك لظهور مباحثه الا انه غير كاف
شيئا لم يذكره فيه لا يعني الفصل الثاني في احكام الحجر قوله لا يثبت حجر المفلس الا بحكم الحاكم وهل يثبت في السفيه
بظهور سفهه فيه تردد والوجه انه لا يثبت وكذا لا يزول الا بحكمه لا خلاف في توقف الحجر على المفلس على حكم الحاكم في توقف
رفعه على حكمه كما سبق واما السفيه ففي توقف الحجر عليه على حكمه او الاكتفاء بظهور سفه قولان وكذا الخلاف في ارتفاعه

بزوال سفهه او توقفه على الحكم وتحجيرا فتوقف عليه وهو اختيار العلامة ان الحجر حكم شرعي لا يثبت ولا يزول الا بدليل شرعي وان
السفه امر خفي والانظار فيه تختلف فناسب كونه منوطا بنظر الحاكم ووجه عدم التوقف فيهما ان المقتضي للحجر هو السفه
فيجب تحققه وان تفي زواله فتقتضي صحة ان يزول والظاهر قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم
اموالهم حيث علق الامر بالدفع ايناس الرشد فلو توقف معه على امر اخر لم يكن الشرط حجة عند
المحققين والمفهوم هنا انه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم فدل على ان وجود السفه ونحوه واله
كافيان في اثبات الحجر ورفعه لان السفه والرشد متقابلان ولظاهر قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق
سفيها الاية اثبت عليه الولاية بمجرد السفه فتوقفها على امر اخر يحتاج الى دليل ولا ابتلاء لاخرى تساق
ولم يعمر كلامه وهذا هو الاقوى وفي المسئلة قولان اخران احدهما عدم توقف ثبوته على حكمه وتوقف
رفعه عليه وهو اختيار الشهيد في اللمعة والثاني عكسه قيل انه لم يقايلها لانعام نعم في التحرير جزم بتوقف
الثبوت على حكمه وتوقف الزوال قوله اذا حجر عليه فبايعه انسان كان البيع باطلا فان كان المبيع موجودا
استعاده البائع وان تلف وقبضه باذن صاحبه كان تالفا وان فك حجره لا اشكال في جواز استعادته مع
وجوده بين من باعه عالما بحاله وجاهلا لان البيع في نفسه باطل فله الرجوع في ماله مع وجوده واما
اذا تلف فلا يخلو اما ان يكون قد قبضه باذن صاحبه او بغير اذنه وعلى التقديرين اما ان يكون البائع عالما
او جاهلا فان كان قبضه باذن صاحبه كان تالفا عليه لانه سلطه على اتلافه مع كونه سفيها ووجود
السفه مانع من ثبوت العوض في ذمته وان فك حجره وصل الى ماله لانه اذا لم يلزم حال الاتلاف لا يلزم
بعد الفك وهذا كله في العالم ظاهر اما الجاهل بحاله فالاطلاق كذلك يشمله ووجهه ان البائع قصر في معاملته
قبل الاختبار وعلم بان العوض المبذول له منه ثابت ام لا فهو مضيع لماله ونقل في التذكرة عن بعض الشافعية ان
السفيه ان اتلف المال بنفسه ضمن بعد الفك الحجر قال العلامة ولو كان السفيه قبض المبيع بغير اذن صاحبه و
ضمن مطلقا لان البيع الفاسد لا يقتضي الاذن في القبض فيكون متصرفا في مال الغير بغير اذنه فيضمنه كما
لو تلف ماله او غصبه بغير اذن مالكه قوله ولو اودعه وديعة فاتلفها فقيل لو جهل انه لا يضمن ووجه
عدم الضمان تفريط المودع باعطائه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله ولا تؤتوا السفهاء اموالكم فيكون
بمنزلة من القى ماله في البحر وقيل يضمن ان اتلفها او تلفت بتفريط لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما امره
بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غصبه ماله السفيه بالغا عاقلا والاصل
عصمة مال الغير لا بسببه مع ان وضع اليد على الاتلاف غصب هذا هو الاقوى واختاره في التذكرة وهو
ظاهر القواعد وفي حكم الوديعة العارية والصبي والمجنون حكمهما فيما يقبض مضمونا كالبيع والقرض والغصب
واتلاف المال بغير اختياره كالحكم السفيه واما الوديعة والعارية اذا تلف بتفريطهما او تلفهما ففي ضمانهما
قولان هنا ذلك في الثاني دون الاول اما الاول فلان الضمان باعتبار الاهمال انما ثبت حيث يجب

الحفظ

لفظ الوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون فلا بد من المعارضة بقوله
على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان مفهومه على الوجوب التكليف بالرد وهو منتف عنهما واما الثاني فلانه تلف
مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب في ضمانه والاشباه من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف فهو يعم وجه
ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير اذنه ولو فك حجره ثم عاد فسد اعيد عليه ولو زال فك حجره وهكذا دائما
لما كان السفه علة الحكم بالحجر اما بنفسه او بحكم الحاكم على ما مر كان وجود العلة يقتضي وجود المعلول ورفعه
رفعها من غير فرق بين المرة والمرات وهذا مما لا خلاف فيه نعم في خصوصية ذكره فائدة اخرى وهي ان
علة الحجر اولا ثابت الا المركبة من السفه والفسق فلا بد في الحجر الا من فيهما معا بالرشد والعدالة على ذلك
القول واما بعد ارتفاعهما فلا ننفي العلة للحجر الا السفه بخاصة فعوده يعيد الحجر وارتفاعه يرفعه من غير
اعتبار العدالة هنا على القولين كما حققناه سابقا فلذلك اطلق المصنف مجرد عود التبذير موجب الحجر ومجرد رفعه
يرفعه هكذا الولاية في مال الطفل والمجنون للاب والجد للاب فان لم يكونا فللوصي فان لم يكن فللحاكم
لا خلاف في كون الولاية عليهما للاب والجد له وان علا وانما الكلام في انهما اذا اتفقا معا او وقع العقد دفعة
فهل يقع باطلا لاستحالة الترجيح او يقدم عقد الجد او عقد الاب الذي اختاره في التذكرة في هذا الباب
هو الثاني والكلام في المال اما في التزويج فيأتي في كتاب الوصايا من التذكرة قال ان ولاية الاب مقدمة
على ولاية الوصي للاب الوصي للاب او الجد او لمن الحاكم ومقتضى قول المصنف انهما ان لم يكونا فللوصي ان
معنى للاب لا حكم له مع الجد كما في التذكرة وهو كذلك وان علا الجد ومثله في ترتيب الاجداد للاب وفي
اشتراكهم مع وجود الاولى والادنى منهما في الاب والجد من الخلاف ولو جعل الاب والجد للوصي ان يوصي
او جعل للوصي ذلك وان لم ينص فحكم وصيته حكمه فيقدم وصي الوصي وان تعدد على الحاكم والمراد بالحاكم
حيث يطلق في ابواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى اجماعا اما السفيه والمفلس فالولاية في
مالهما للحاكم لا غير اما المفلس فظاهر واما السفيه فاطلاق المصنف يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن بلغ
سفيها وهو احد القولين في المسألة ووجهه على ما اختاره سابقا من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم وهو ضعيف عليه
الا ان يكون الشارح البر وقيل ان بلغ سفيها فالولاية للاب والجد ثم وصي احدهما ثم الحاكم كالصبي وان بلغ رشيدا
ثم تجدد سفهه فامره الى الحاكم دونهما وهو اجود استصحابا بحكم الولاية ما في الاول وارتفاعها في الثاني
فيحتاج عودها الى دليل والحاكم ولي عام لا يحتاج الى دليل نعم يتخلف اذا اقدم عليه غيره فلا شيء هنا
اذا احرم بحجة واجبة لم يمنع مما يحتاج اليه في الاتيان بالفرض وان احرم تطوعا فان استوت نفقته سفرا
وحضرا لم يمنع وكذا ان امكنه تكسب ما يحتاج اليه ولو لم يكن كذلك حلله الولي الى قوله حلله الولي السفيه حكمه
في العبادات البدنية والمالية الواجبة حكم الرشيد الا انه لا يمكن من صرف المال ولا يعرف الحقوق فاذا
كان الحج واجبا فلا اعتراض للولي عليه سوى ان زادت نفقته سفرا عن الحضر اما لا تعينه عليه ولكن يتولى النفقة

على الولي او وكيله النفقة ولا فرق في ذلك بين الواجب الاصل والنذر كما اذا انفذ بسببه على الحج واما اذا كان الحج مندوبا
فكذلك مع عدم زيادة نفقته على الحضر لعدم الضرر واما اذا احتاج الى زيادة فان كان يكتسبها في السفر فكذلك
لانتفاء الضرر عن مال المحجور عليه فيرده عليه ما اشكل بانه يصير باكتسابها من جملة ماله فيجب الحج عليه فيكون كالسابق
واجيب بانه قبل الاكتساب لا يعد واجدا محتاجا للنفقة وبان الاكتساب غير واجب على السفيه وليس للولي اجباره
عليه فلا يلزم من صرفه الحصول ما اتلاف شيء من المال الذي تعلق به الحج والجواب الاول انما يتم لو لم يمكنه العود
او امكنه بنفقة مساوية للنفقة الا كان والا لم ينفع احتياجا الى النفقة وفي الثاني ان اكتسابه عليه وان كان
غير واجب الا انه اذا اكتسب باختياره تحقق المال ولزم الحج فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب لا يوضع في السفر
لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج او قبله ولم يكن العود الا بصرفه زال الاشكال ويفهم من قوله وان لم يكن
كذلك حلله الولي احرامه ينعقد على حاله ويشكل مع الاخلال بالشرائط للنهي عنه المقتضي للفساد في العبادة
ويمكن دفعه بان النهي هنا ليس عن ذات العبادة ولا عن شرطها الا ان المندوب لا يشترط فيه المال
انما النهي اتلاف المال الزائد بحفظ بقي ما يستند اليه تحليل الولي بالصوم لانه كالمحصر حيث يحرم عليه الذهاب
للاكمال وان كان لامر خارج كعوز النفقة هنا ان جعلنا الدم الاحصار بدلا والا بقي على احرامه الى زمان
العتق وعلى القول بالبدل هو عشرة ايام كامل في الحج وروي ثمانية عشر يوما واما بخصوص هذه المسألة
فلا نص فيها عندنا قوله اذا حلف انعقدت يمينه ولو حنث كفر بالصوم وفيه تردد لما كان السفيه ممنوعا
من التصرفات المالية فاذا حلف على فعل شيء او تركه حيث يكون اليمين منعقدة في غيره ينعقد يمينه لانه
لا يتعلق بالمال ومثله نذره ذلك وعهده اما لو كان متعلق النذر نفس المال بان نذر ان يتصدق ونحوه فالمعتمد
فان كان معينا بطل النذر وان كان في الذمة صح وروعي في انفاذه الرشد اذا تقرر ذلك فاذا حلف منه على
شيء وحنث عليه الكفارة قطعا لانه بالغ عاقل وهل يكفر بالصوم ام بالمال تردد المصنف وجه التردد من انه ممنوع
من التصرف المالي فيكون بالصوم كالعبد والعقير ومن ان الكفارة حينئذ واجبة عليه وهو مالك للمال فيخرج
من المال كما يخرج الواجبات من الزكوة والخمس ومؤنة الحج الواجب والكفارة التي قد سبق وجوبها الحجر ويضعف
بان هذه الواجبات ثبتت عليه بغير اختياره فلا يصرف له في المال وانما الحاكم بالتسليم بخلاف الكفارة في المتنازع
فان سببها مستند الى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين فلو اخرجها من المال لامكن جعل ذلك وسيلة له
الى ذهابه لان مقتضى السفه توجيه صرفه على ما لا ينبغي والاقوى انه يكفر بالصوم وبه قطع العلامة في كتبه
حتى في التذكرة من غير نقل تردد ولا خلاف وقريب من هذا البحث الكلام في الانفاق على من استلحقه من
الانساب باقراره قوله لو وجب له القصاص جاز ان يعفو ولو وجبت دية لم يجز هنا عندنا والاصح لان موجب
العمد القصاص خاصة وهو ليس بمال وانما يثبت المال بالصلح والتراضي بخلاف ما يوجب الدية لانه
تصرف مالي فيمنع منه ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل الواجب في العمد احد الامرين القصاص

في المال

الى المال فلا يصح عفوه ولو طلب في الحال القصاص فله ذلك لانه موضوع للتشفي والانتقام وهو صالح له واذا
جاز له العفو عنه مطلقا فعفوه عنه على مال اولى فيجب ويثبت فصلحه لا يسلم اليه بل الى الولي قوله ويختبر الصبي
قبل بلوغه وهل يصح بيعه الاشبه انه لا يصح قد تقدم ان الرشد لا يتحقق الا باختباره بما يليق به من التصرفات
والاظهار بين هنا ان محل هذا الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم
منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ووجه دلالة الاية على ذلك من وجهين احدهما جعل متعلق الابتلاء
اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لا اب له وهو دون البلوغ فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة واطلاق
اللفظ محمول على الحقيقة اذا لم يمنع منها مانع وهو منتف هنا والثاني قوله اذا بلغوا النكاح جعل غاية اختبارهم البلوغ
فدل على ان الاختبار قبله ولان تاخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الاضرار بسبب الحجر عليه ومنعه مما يصح
جواز كونه بالغا رشيدا لان المنع يمتد الى ان يختبر ويعلم رشده وربما طال الزمان بسبب العلم بالملكة السابقة
فاذا امكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان اولى وهذا مما لا خلاف فيه عندنا وانما خالف فيه
بعض العامة وجعله بعده نعم شارحا القواعد حملا عبارتها على ان الاختبار بعد البلوغ وجعلا
الخلاف في صحة البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك ولا ضرورة داعية اليه اذا تقرر ذلك فنقول
اذا كان الاختبار يتوقف على البيع لمن هو من اهله فما كان الصبي فيه وظهر رشده وادى فعله هل يكون صحيحا ام
لا وجهان احدهما الوقوع لامره بعد الابتلاء وهو يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبرا خصوصا
على القول بانه انما الرشد عقبه ومع ذلك فلا ينضم الى اذن الولي له لان اعطاء المال وامره به اذن فيجب
ان يكون صحيحا والثاني عدمه لمنع دلالة الامر بالابتلاء على الصحة بل غايته استفادة الرشد بالابتلاء الا
ان كونه صحيحا ام لا هو خارج عن مقتضاه وهذا هو الاقوى وعلى هذا فكيفية اختباره بامر الولي بالمساومة
في السلع والتجنب بالممارسة والمساومة في تقرير الثمن فاذا آل الامر الى العقد عقده الولي فانه استقر عقدا
انه على الشي بالثمن المثل وارادة البيع مرة بعد اخرى علم رشده ويقرب من ذلك ان يشتري الولي سلعة ويتركها
في يد الناس ويعطيه متاعا من امتعته ويواطئه على بيعه من الصبي فان اشتراه منه ونحوه مما ينبه الصلاح
كان دالا على الرشد واعلم ان العلامة في التحرير صحح البيع مع اذن الولي كما هو المفروض وفي التذكرة
والارشاد قطع بعدمه وفي القواعد تردد

كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بمال او نفس اعلم ان للضمان معنيين احدهما اعم من الاخر وهذا التعريف بالمعنى الاعم المتناول
للضمان بالمعنى الاخص وللحوالة والكفالة فيكون هذه الثلاثة اقساما والضمان بالمعنى الاخص قسيما
للاخيرين والكلام في كون الضمان هو العقد الدال على التعهد او نفس التعهد قد تقدم البحث على
نظيره في البيع وان المحقق انه الثاني واطلاقه على العقد بطريق المجاز اقامة للمسبب مقام السبب في شرعية
العقد المذكور للتعهد اعم من كونه اثره يحصل بعد تمامه فيشمل الصحيح والفاسد ولو ادعي ان المفهوم

حصول التعهد وان اللفظ دال عليه كان تعريفا للصحيح وهو ايضا صحيح ح اعلم ان الضمان عندنا مشتق من
الضمن لانه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون
فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة انه ناقل وانما يفيد الاشتراك
الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة ق والتعهد
بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فههنا ثلثة اقسام احد الاقسام التعهد بالنفس
وهو الكفالة وثانيها التعهد بالمال ممن ليس عليه مال وهو الضمان بالمعنى الاخص وممن عليه هو الحوالة وفيه ا
سبق من مذهبه ان الحوالة لا يعتبر فيها اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص و
يحتمل التقسيم بالتداخل ولا بد فعم ما يقوله ثم ان هذا القسم بالضمان اشبه لان الاشتغال لم يرجح معنى
الحوالة ايضا ويمكن دفع الاشكال بان التقسيم جار على محل الوفاق او باعتبار القسم الاخص للحوالة وهو تعهد شغل
الذمة للمحيل ليكون هو احد الاقسام الثلثة خاصة وكون القسم المشترك اذا احدهما [illegible] تسمية
ضمانا خاصا وحوالة تسمية مع الخطب ق ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون مال هو المسمى بالضمان بقول
مطلق لما كان الضمان بالمعنى الاعم منقسما الى الاقسام الثلثة انقسام الكلي الى اجزائه فاطلاقه على كل واحد
منها بطريق الحقيقة فيصح اطلاق الضمان على الحوالة والكفالة حقيقة الا ان المعنى المتبادر من الضمان شرعا عند
الاطلاق لفظه من غير قيد هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون وهو المعنى الاخص لهم واما الاخران وهما الحوالة
والكفالة فانما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ اخر اليه وهو ضمان النفس او ضمان مشغول الذمة
للمضمون عنه ونحو ذلك ولكن يبقى فيه اشكال وهو ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة
لان من علاماتها صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينفهم انه دليل
المجاز [illegible] من افراد الكلي بطريق الحقيقة وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد
وجوابه ان المنقسم اليهما بحيث صارا افراده بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان وذلك لا ينافي كونهما مجازين
بالنظر الى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما والحاصل انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث
ياتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز
لافتقاره الى القيد الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشأ الاشتباه الاشتراك في الوجهين ولكن لما اشتهر المعنى
المطلق وخفي مطلق المعنى خفيت الحقيقة والمجاز المشتهر خاصة وفيه بحث ق ولو ضمن المملوك لم يصح الا
باذن مولاه ويثبت ما ضمنه في ذمته لا في كسبه الا ان يشترطه في الضمان باذن مولاه الكلام هنا
يقع في مواضع احدها ضمان العبد بغير اذن سيده وفي صحته قولان احدهما وبه قطع المص من غير نقل خلاف
عدم الصحة لان العبد لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعـ به وذمته مملوكة للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها
الا باذنه ولان الضمان يستلزم اثبات مال في الذمة فيمنع منه بدون اذن المولى كما يمنع من النكاح كذلك

ويرد على الاول ضمان المال اذا كفر او غصب او جنى في ذمته بغير اذن المولى فلو توقف شغل ذمته مطلقا على اذن
المولى لم يلزمه هنا شيء الا ان يقال ان ذلك لا يعد التزاما بل هو حكم شرعي مترتب على القهر بسبب وقوعه بغير اختيار
مستحقه ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون ايضا مع عدم صحة ضمانهما اجماعا وعلى الثاني منع كون مطلق
اثبات المال في ذمته ممتنع وهل هو الا محل النزاع والتمثيل بالنكاح لا يتم لبطلان القياس ومنع كون
المانع فيه استلزام لاثبات المال في الذمة ومن ثم امتنع وان تجرد العقد عن المهر او ان بذل الاجنبي وانما
المانع الحجر واستلزامه صحته وترتب اثره فوت العبد الممنوع او الاجماع عليه وثانيهما الصحة لانتفاء الضرر
على المولى لان استحقاق المطالبة انما يتعلق في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بغير اذن
سيده وان افتقاره يكون صاحب الدين لو وجد عين ماله كان له انتزاعه منه ولا يتصور ذلك في
الضامن لتعلق حقه بالذمة لا يقال ان السيد يستحق ارثه بعد العتق بالولاء وثبوت الضمان يمنع الارث
لانا نقول حكم الارث المذكور لا يمنع الضمان فان الارث متاخر عن الدين فيما قبل الدين يقدم عليه لهذا
لا يمنع الارث اقراره بمال مع ان الملك يمنع منهما فدل على ان الارث ليس في حكم الملك مطلقا كما ان الحجر لا يمنع
الضمان لحق ورثته ويمنع مما هو ملكهم فعلى هذا يتبع به بعد العتق لان كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرف
في مال مولاه وهذا القول قربه العلامة في التذكرة والاقوى الاول الثاني على تقدير الثاني في ضمانه باذن
المولى والملاقر فلم يشترط له الاداء من الكسب لا الصبر الى ان يعتق فهل يتعلق بذمته ام بكسبه قولان و
احدهما وهو الذي اختاره المص تعلقه بذمته فيتبع به بعد العتق لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام
لا يدل على الخاص فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه وكسبه ملكه ولان الاذن انما اقتضى الضمان في
الحكم المعين وان كان لا يوجد الا في ضمنه كما حقق في الاصول والثاني انه يتعلق بكسبه لان اطلاق الضمان انما
يحمل على الضمان الذي يتعقبه الاداء فانه المعهود والاداء من غير مال السيد ممتنع وكذا من مال غير الكسب
لان الكان هو الضامن لا العبد من لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه والبحث في ذلك قريب
من الاذن له في الاستدانة فينبغي ترتب قول ثالث وهو الضمان يتعلق بالمولى ولا يختص بكسب العبد ولعله
اقوى الثالث على تقدير ثبوته في ذمته لو اذن له مولاه في الضمان في كسبه فقد قطع المص بصحته ووجهه
انه نسبه الى مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه ومع هذا في كسبه بمال
الضمان فقد تم للمضمون له حقه والا تبع على ما فضل فلو اعتق العبد قبل تجدد شيء من الكسب فهل يبقى و
التعلق به ام يبطل الضمان لفوات المحل المعين لاداء المال لانصراف الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك المولى
وقد فات الظاهر من كلامهم الاول فان ذلك هو معنى الكسب فاذا اعتق صار كسبه وما في يده سواء
ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسبا وان اطلق عليه لغة لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه
مال العبد لان السيد لا حق له فيه مدخل لادمته فيه ولا يعد لم يكن جنس الضمان يقدر على غيره فيه فلذا صح

الا ان يقال الصحة ضمانه بغير اذن سيده كما مر هنا اي في و يتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل امكان الاداء
فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمل لانه اذن له في الضمان في كسبه كما اذن في الضمان في المال بعينه من اموال ذا
تلف المال بعوده الضمان الى ذمة صاحب المال على الجهاد في لو قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل العدم
لان وجه المولى وان قلنا به ثم لان الكسب ليس كحصة مال السيد بل حق له و لهذا قيل لو اعتق بقي متعلقا بكسب العتق
فدل على انه لم يتعلق بالمولى محسناه وليس في الكلام الاصحاب هنا ما يدل على شيء وان كان الاوجه ابتنا
على مسئلة تعيين الاداء من مال بعينه و كذا لو شرط ان يكون الضمان من مال المعين اي شرط الضمان
من كون ضمانه من مال معين من اموال فانه يصح الضمان ويخص وجوب الاداء فيه لعموم قوله المؤمنون
عند شروطهم وح يتعلق به حق المضمون له هل هو متعلق به كتعلق الدين بالرهن او كتعلق الارش
بالجاني في تخصيص ولعلهما ما خذهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن لانه موضعه انما هو الذمة في
هذا المال فاذا اقتضاه المطالبة الا انه فيه ولم يخرج الذمة عن العهدة لان مقتضى الضمان ابتداء علق
بها و هنا وجد تعلق الرهن و من ان الضامن لم يدخل ذمته مطلقا وانما حصل الاستحقاق في المال
المعين وجعله متعلق حق المضمون له فيحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة واقواهما الاول ن
فظهر الفايدة فيما لو تلف بغير تفريط فعلى الاول ينتقل الى ذمة الضامن وعلى الثاني الى ذمة المضمون
عنه اما الاول فظاهر لان تلف الرهن لا يسقط الحق واما الثاني فلان فوات العبد الجاني هنا يسقط
الحق عن مالكه ومالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه واما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته
ليس منتقلا الاثابتا لانه لم يتعلق بذمته وانما تعلق بمال تعلقا ضعيفا فاذا فات عاد الى ما كان مع
مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين اما عن الضامن فلانه لم يقدم على الضمان
الا بذلك المال ولم يلتزم الاداء الا منه عملا بالشرط وقد فات فيبطل الضمان و يعود الى ذمة
المضمون عنه واما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني فلان الضمان لما
كان ناقلا برئت ذمة المضمون عنه بالضمان كيف كان فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن
الا ما اذى فلم يحصل الا ان المبنى عليه ضعيف لان الضمان ناقل الا من ذمته الى ذمة عندنا او ضام
ذمته الى اخرى عند غيرنا فعدم تعلقه بذمته اصلا خارج عن القولين فيكون المبنى عليه اولى بالنقض
والحق في المذكور الرجوع على الضامن مع التلف في الثاني بناء على الوجه الاول والشهيد رحمه الله
في بعض فتاويه اختار بطلان الضمان مع تلف المال من غير تفريط بناء على وجه و هو متجه و يمكن دفع المنافاة
بين التعلق بالذمة و المال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير التلف بان يجعل التعلق بالذمة متوقفا
بالاداء من المال عملا بمقتضى الشرط او يجعل هذا تعلقا برأسه خارجا عن التعلق اذ لا دليل على الانحصار
فيهما وانما هو من مناسبات الشافعية وح فيجعل التعلق مخصوصا بالعين و فاء بالشرط فاذا تلف

المال

المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن و لا دل عليه لفظه ومما يبتنى على الوجهين ما لو كان المال
المعين اقل من الدين فعلى الاول لا يلزم الضامن الا ما كان كالو نقص الرهن عنه بناء على تعلق الدين بذمته و لم
يحصل بقيمة العين وفاء وهو الذي قربه في التذكرة و يشكل بما مر فانه لم يلتزم في ذمته شيئا و غايته التزامه
ان يكون التزم بقدر المال المعين فثبوت الزائد في ذمته بعيد وعلى الوجه الثاني لا اشكال في عدم ضمانه
ومما يبتنى على الوجهين انه هل يطالب ببيع المال و تحويله الى جنس الحق المضمون فعلى الاول يطالب الضامن من
تلفه كالرهن وعلى الثاني فيحتمل جواز استبداد المضمون له بها كالجاني خصوصا ان لم يفكه الضامن ويحتمل عليه
توقف التصرف على الضامن ايضا لان هذا التعلق لا يساوي تعلق الجناية بالجاني بكل وجه لان الجناية
تعلقت بالعبد ابتداء و لم يتعلق بذمة اصلا بخلاف دين المضمون له هنا فانه كان متعلقا بذمة و تحول
تعلقه بذمة الضامن ثانيا اما من البحث فلم يفد هذا التعلق انحصار الحق فيه بكل وجه و لا يشترط
علم بالمضمون له ولا المضمون عنه وقيل يشترط والاول اشبه لكن الى قوله الضمان عنه القول باشتراط
علم الضامن بهما معا للشيخ رحمه الله في المبسوط و في الخ اعتبر العلم بالمضمون عنه لا المضمون له و نفى
الاشتراط فيهما في غيره وهو الاقوى اما عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه فلان الضمان وفاء دين عنه
وهو جائز عن كل مديون واما المضمون له فلان اعتبرنا قبوله لفظا كما هو مقتضى العقد العقد اللازم اقتضى
ذلك تميزه ولا يعتبر ازيد من ذلك وان لم نعتبره كما يدل عليه واقعة الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله من
الصلوة عليه حتى ضمنه علي عليه السلام لم يعتبر علمه بوجه هذا هو الظاهر من عبارة المص حيث اعتبر رضاه ولم يعتبره في
عقدا او لفظا مخصوصا او لا استيفاء فيه هنا مع اعتباره استيفاء المضمون عنه كما ذكره المص و جماعة الفقها
يتوقف على القصد وهو متعلق بالمضمون عنه و الحق فلا بد من تميزه بوجه ينفي معه الجهالة ليمكن
القصد اليه واما الحق فسيأتي الكلام فيه و يشكل بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان
وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة و ذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين و
الدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا فيمن كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا اني استحق في ذمة
شخص مائة درهم فقال له آخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عن اي من كان عليه الدين و لا دليل على
اعتبار ما زاد عن ذلك و الى ذلك مال في التذكرة حيث قال و هل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره الاقرب العدم
بل لو قال ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف
يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن اي من كان و يشترط
رضا المضمون له لا المضمون عنه اشتراط رضى المضمون له في صحة الضمان لان حقه يتحول من ذمة غريمه الى
ذمة الضامن والناس يختلف في حسن المعاملة و سهولة القضاء فربما كان الضامن لا يرضى بابدال
غريمه لنقصه عنه فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر به لتغيره و للشيخ رحمه الله قول بعدم اشتراط رضاه

بان عليا او ابا قتادة ضمنا الدين عن الميت وسلم فصلى النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له واجيب بانها واقعة لا عموم

لها وبان ذلك انما يدل على عدم بطلان الضمان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن

لا يلزم الا برضاء المضمون له والاقوى اشتراط رضاه لصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام وعلى

هذا القول هل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراخي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان

اجودهما الثاني لانه عقد فلا بد فيه من القبول ولاصالة بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة

الضامن وعدم انتقال الحق للمضمون له الى ان يتحقق المزيل وح فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل

المعهود بين الايجاب والقبول وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي لانه من العقود اللازمة ووجه العدم

نصه على عدم اصالة عدم الاشتراط ومخالفته لغيره من العقود المملكة لان الضمان لا يثبت ملكا جديدا

وانما يتوثق به الذي كان لان استحقاق المضمون له عند الضامن حقا من جنس ما له عند الاصيل

فان فائدته التوثق مع اشتراطه فيه ولا عبرة برضاء المضمون عنه لان الضمان كالقضاء هنا

وفاق ولان اداء الدين كما يجوز بغير اذنه فالتزامه في الذمة اولى ولصحة الضمان عن الميت كما مر في

ما فعله المصلي عليه ولا ينتقض ولو انكر بعد الضمان لم يبطل على الاصح اي انكر المضمون عنه الضمان

فانه لا اثر له لانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لا عبرة بانكاره بعده وربما قيل الانكار بعدم بالضمان ومع الحقد

لا عبرة برضاه بناء على الاصح خلافا للشيخ رحمه الله وجماعة حيث حكموا ببطلانه بانكاره وهو ضعيف جدا ومع

تحقق الضمان ينتقل المال الى الضامن ويبرأ المضمون عنه وتسقط المطالبة عنه هذا عندنا موضع وفاق

وقد تقدمت الاشارة اليه في التعريف وخالف فيه كافة الجمهور وتظهر الفائدة في مواضع يأتي بعضها

ومعنى براءة المضمون عنه براءته من حق المضمون له لا مطلق البراءة فان الضامن يرجع عليه بما اداه

اذا ضمن باذنه كما سيأتي ولقد كان الحكم ببراءته مغنيا عن قوله وتسقط المطالبة عنه لانه لازم للبراءة

ولو ابرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قول مشهور لنا هذا من فروع المسألة السابقة فان

الضمان اذا كان ناقلا موجبا لبراءة المضمون عنه عن حق المضمون له فابراؤه لا يفيد شيئا لعدم اشتغال

ذمته عندنا نعم لو ابرأ الضامن فلان الحق عليه واما المضمون عنه فلان الضامن لا يرجع على

الا بما اداه ولا اداء هنا وعند الجمهور ان كل واحد منهما ذمته مشغولة فاذا برئ المضمون عنه

برئ الضامن لسقوط الحق كما لو ادى المال ولو ابرأ الضامن لم يبرأ المضمون عنه لان الضامن عندهم

كالوثيقة فلا يلزم من سقوطها سقوط الدين كفك الرهن اذا تقرر ذلك فقول المصنف على قول

مشهور لنا يشعر بثبوت مخالف منا لكن لم يقف عليه وفي التذكرة ادعى اجماع علمائنا على ذلك ولعله

اراد بذلك انه لم يتحقق الاجماع وان لم نجد مخالفا فان عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الاجماع

ولكن كان المنقول ما ذكرناه يأتيه المصنف في اواخر الكتاب لما ذكره خلاف الشيخ في ذلك

ويشترط

ويشترط فيه الملاءة او العلم بالاعسار وانما يشترط ذلك في لزوم الضمان لا في صحته كما ينبه عليه بقوله لم كان
للمضمون له الفسخ والمراد بملاءة الضامن التي هي شرط اللزوم ان يكون مالكا لما يوفي به الدين فاضلا عن المستثنيات
في بيع المديون ومن جملتها قوت يوم وليلة وانما تعتبر الملاءة ابتداء لا استدامة فلو تجدد اعساره بعد الضمان
فلا يقدح تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدح تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح
تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان قوله اما لو ضمن ثم بان اعساره
كان للمضمون له فسخ الضمان لما كان عقد الضمان مبنيا على الارتفاق والغرض منه استيفاء الدين
من الضامن وانما يكون ذلك اذا امكن الاداء منه باعساره فاذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار
بين الصبر على الضامن وبين فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه وهل الخيار على الفور لم اقف فيه على
شيء والاصل يقتضي استدامته الى ان يثبت المزيل قوله والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي الحال تردد اظهره الجواز
مبنى عقد الضمان على الارتفاق وتسهيل الامر على المضمون عنه كان الضمان المؤجل للدين الحال جائز
لتحقق الغرض المطلوب منه وهو موضع وفاق ليس هذا تعليقا للضمان على الاجل تاجيل للدين الحال
في عقد لازم فيلزم واما عكسه بان يضمن المؤجل حالا فهو مناف للغرض منه كما ذكرناه ومن ثم منعه الشيخ
وجماعة لذلك ولان ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه والفرع لا يكون اقوى من الاصل
وضعف بان المشغل هو الدين واما الاجل فاذا اسقط المديون ما داء المال حالا جاز فكذا اذا سال
الضمان كذلك لانه في معنى الاسقاط ولو كان الضامن متبرعا بالضمان فاولى لعدم الاشتراط اذ لا رجوع
له على المضمون عنه فيكون فمعناه ما لو ادى عنه دينه المؤجل قبل الاجل وهو جائز وربما قيل بالمنع مطلقا
لان الشرط في صحة الضمان وجوب الحق على المضمون عنه والاجل حق من حقوق الدين وتعجيله غير واجب
عليه فيكون ضمانه كذلك ضمان ما لم يجب وهو غير صحيح وفيه نظر لان الممنوع منه الذي لم يجب هو المال
لا الاجل لان مدلولها الذي هو متعلق الضمان هو المال لانه المضمون واما الاجل فلا يتعلق به الضمان
وان كان من توابع الحق واوصافه الا ان دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية وهو حق للمديون
فاذا رضي الضامن باسقاطه وتعجيل الايفاء فقد ضمن ما يجب هو المال ورضي باسقاط الوصف ولا يرد انه غير
واجب الاداء منذ ثبت الاجل لانه واجب في الجملة غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب خصوصا اذا انضم
الى رضاء الضامن بذلك رضى المضمون لا يخلو اما ان يكون حالا او مؤجلا ثم اما ان يضمنه الضامن
حالا او مؤجلا وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا اما ان يكون الاجل الثاني مساويا للاول او انقص او
ازيد وعلى التقادير اما ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه فالصور اثنا عشرة كلها جائزة
على الاقوى الا انه موضع الخلاف فيما عرفت فان اطلاق عبارة المصنف ان الضمان متى كان مؤجلا
فالاجماع منعقد على جوازه وهو شامل لما لو ... الى مؤجلا مع قصور اجل الضمان ومساواته او
تعليل

المانع من الحلول و يقتضي المنع من هاتين الصورتين لا نفهم ملول المنع من الحال على ما نقلوا في الحج وغيره
ان الضمان ارفاق فالاخلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن فيسلط على مطالبة المضمون عنه في
الحال فيتنفي فايدة الضمان و هذا التعليل بعينه آت في الاجل المساوي والقاصر ويقتضي ان الضامن
لو كان مبنى على ما لم يمض لانتفاء المانع من التسلط اعلى المضمون عنه والشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال
لا لهذه العلة بل لانه ضمان ما لم يجب وهو شامل للاجل القاصر عن اجل الدين كما هو شامل للحال ومخرج
للمساوي وبالجملة فاطلاق كلام الشيخ واتباعه تقتضي ما افاده المص وتعليلهم يدل على اختصاصه بغير
الصورتين المذكورتين واما الضمان حالا فان كان الدين موجلا فقد اتفق المانعون على منعه فصار
تعليله وان كان حالا فالشيخ فخر الدين واتباعه جوزوه لوجوب الحق والشيخ واتباعه منعوه لعدم الارتفاق
والمترع عند المعلل بوجوب الحق كغيره وعند المعلل بالارتفاق مختلف وقد ظهر بذلك ان محال النزاع غير
محرر والحق ان الخلاف الواقع فيما عدا الموجل للحال او الزايد اجله عن اجل الاصل بقي في المسئلة بحث اخر وهو انه
على القول بجواز الضمان الموجل حالا او باجل دون الاجل الاول لو اذن المضمون عنه للضامن في ضمانه
كذلك او مطلقا فهل يحل عليه الدين و يتنقص الاجل على تقدير ضمان الضامن لكذلك ام يبقى عليه الاجل كما
كان فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله وان ادى قبله او جبر احدهما الرجوع عليه كما ادى في الحالين اما مع
التصريح بالاذن حالا فلان الضمان في حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاه
استحق مطالبته ولان الضمان بالسوال الموجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق فلتناول
التعجيل فيكون ماذونا فيه ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ وثانيها التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح
لا مع الاطلاق فاما الاول فلما مر واما الثاني فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في ضمان وذلك لا يقتضي
حلول الحق على المضمون عنه لانه لا يحل عليه الا بالاسقاط او باشتراطه في عقد لازم وهو منتف ولا دليل في
الاذن المذكور على حلول الاصل باحدى الدلالات ولاصالة بقاء الاجل وهذه الوجوه اتية مع التصريح
له في الضمان حالا ان لم يصرح له بالرجوع عليه حالا ايضا وثالثها عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل و
مطلقا لما ذكر ولان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن ولا يدل
على حلول ما في ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات وهذا هو الاقوى والعلامة قطع
في التحرير بالاخير ولم يذكر غيره وفي القواعد استشكل في الحلول بالسوال فيقطع وله بان الاشكال انما
هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسوال حالا فانه يقتضي الحلول على المضمون عنه وقطع المحقق الشيخ
على بعدك وهو ان الاشكال انما هو مع التصريح بالحلول اما مع الاطلاق فلا اشكال في عدم الحلول
وهو موافق لما في التذكرة فانه قطع بعدم الحلول مع الاطلاق واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم
استقرب عدم الحلول والحق ان الاشكال واقع على التقديرين كما بيناه و لو كان المال حالا فضمنه

مؤجلا حالّ وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن الا بعد الاجل هذا هو الموضع المتفق على جوازه
وهذا ما ذكره لبيته على حكم المطالبة وحاصلها ان المضمون عنه لا يطالب قبل الاجل مطلقا اما من المضمون
له فلانتقال دينه عنه الى ذمة الضامن واما من الضامن فلانه ليس له المطالبة الا ان يؤدي وان كان
حالا الا ان ادى واما الضامن فلا يستحق عليه المطالبة قبل الاجل ايضا عملا بمقتضى الشرط وهذه المسألة من
فروع القول بانتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه والقائل بالانضمام جوز هنا مطالبة
المضمون عنه حالا لبقائه على اصله ولم يجوز مطالبة الضامن الا بعد الاجل (قوله) ولو مات الضامن
حل واخذ من تركته لما كان الميت يحل ما عليه من الديون المؤجلة بموته كان هذا من جملة افرادها فاذا
ضمن المال مؤجلا ثم مات قبل الاجل حل ما عليه من مال الضمان واخذ من تركته وجاز للورثة مطالبة
المضمون عنه لان الدين عليه حالا لعدم حصول ما يقتضي تاجيله عليه لان المؤجل هو الذي في ذمة الضامن
لا الذي في ذمته الا ان الضامن لما لم يستحق الرجوع الا بالاداء وان كان موته مقتضيا لحلول دينه فاذا
اخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الاجل
باختياره فان له مطالبة المضمون عنه لما ذكر وهذا بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه
الضامن كذلك فانه يحل عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الاخر
كما لا يحل على المؤجل لو ضمنه الضامن حالا باذنه على ما سبق (قوله) ولو كان الدين مؤجلا الى اجل فضمنه الى
ان يزيد ذلك الاجل جاز هذا من جملة فروع المسألة السابقة الاجماعية لان الاجل الزائد يحصل فيه ارتفاق
المطلوب من الضمان والكلام فيه لو ادى قبل الاجل او مات كما مر وتظهر الثمرة قبل حلول الاجل الاصيل لم يكن
له مطالبة الا بعده وان ادى بعد حلوله عليه وقبل حلول الاجل بنفسه فله مطالبة لانقضاء الاجل الاصيل حالا
والضامن قد ادى واسقط حق نفسه من الاجل الزائد وكذا القول لو مات فادى وارثه (قوله) فيرجع الضامن
على المضمون عنه بما اداه ان ضمن باذنه ولو ادى بغير اذنه ولا يرجع ان ضمن بغير اذنه ولو ادى باذنه
احكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة الى كونه بغير اذنه احكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة الى كون
الضمان والاداء معا باذن المديون او احدهما او عدمهما او يعتبر اشارة المصنف اليهما اثنين بالمنطوق واثنين
بالمفهوم لاقتضاء لو الوصلية ثبوت الحكم في المسكوت عنه بطريق اولى وحكم الاربعة كما ذكر عند علمائنا
اجمع والضامن [illegible] على خلاف بعض العامة في بعض اقسامها بناء على ما سبق من انه غير ناقل فلا ذمة المديون
الى على بعض الوجوه (قوله) وينعقد بكتابة الضامن منضمة الى قرينة الدالة لا بمجردها انما ينعقد بالكتابة
مع تعذر النطق لا مطلقا كما صرح به غيره ولا بد مع ذلك من انضمام ما يدل على قصده من اشارة ونحوها
لامكان كونه عابثا او لا [illegible] فذلك بين الضامن والمضمون له على اعتبار قبوله لفظا وانما خص المصنف الضامن
لعدم اشتراط القبول اللفظي في الاخر كما سبق وجه [illegible] النطق والكتابة والاشارة ما يدل عليه صح ابتداء الخرس

والظاهر الاكتفاء بها وان قدر على الكتابة لان المعتبر تبيين معناه بالقرائن والكتابة مثلها [illegible] وهو كل مال ثابت
في الذمة سواء كان مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار اما معرضا للبطلان الى قوله ويصح ضمانه عن
البائع قد تقدم ان عقد البيع يفيد تملك البائع للثمن والمشتري للمبيع وان كان هناك خيار فالبيع موجب
للملك وان لم يكن مستقرا فيصح ضمان الثمن للبائع عن المشتري وللمشتري عن البائع اذا قبضه لجواز ظهور
المبيع مستحقا وهو المعبر عنه بضمان العهدة فقوله المص كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن مراده انه يصح
ضمان الثمن في مدة الخيار بعد قبضه وهذا الضمان قد يكون للبائع القابض لان يضمن له عهدته على
تقدير ظهوره مستحقا على وجه لا يستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين في العقد او على تقدير ظهور
عيب فيه ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به وعلى التقديرين
الضمان انما هو لعهدته لا لنفسه فقوله كالثمن تشبيه للحق الثابت المتزلزل لا للمضمون اذ المضمون عهدته
لا هو نفسه والفرق يظهر في اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذي له
في ذمة زيد مثلا ونحوه وبضمان العهدة ضمنت لك عهدته او دركه ونحو ذلك واما المعنى فظاهر
اذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان العهدة ليس كذلك
انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات وقوله ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البائع اي لا يصح
ضمان الثمن عن البائع قبل قبضه له على تقدير ظهور المبيع مستحقا وقد قبض البائع الثمن فانه ضمان
ما لم يجب لانه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان لم يضمن عهدته فيكون كما لو ضمن ما سيستدينه
ونحوه وايضا ضمان عهدة واحترز بقوله عن البائع عن ضمانه عن المشتري للبائع فانه جائز سواء
كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل الى ذمة الضامن كما لو لم يكن معينا او لعهدته كان يضمن
للبائع عن المشتري لعهدة الثمن لو ظهر مستحقا وهذا انما يتم اذا كان الثمن غير معين اذ لا يبطل البيع
باستحقاقه بل يرجع الى ثمن آخر واما اذا كان معينا وظهر مستحقا فانه يبطل البيع ولا معنى ح لضمان عهدته
للبائع انما يحتاج البائع الى ضمان عهدة المبيع نعم لو كان الضمان ح للعين يكون معينا صح على التقديرين
وقد ظهر لك ان المراد في العبارة بضمان الثمن ضمان عهدته في اكثر الصور وربما اراد ضمان النفس
في بعض مفهوما هاهنا فوقعت جملة تحتاج الى التفصيل وسيأتي فائدة ضمان العهدة وكذا ما ليس
بلازم لكن يؤول الى اللزوم كمال الجعالة قبل فعل ما شرط كمال السبق والرماية على رد المشتبه به
المشار اليه بذا يمكن كونه الحكم بالصحة في السابق وهو ضمان الثمن في مدة الخيار لمناسبة مال الجعالة
والسبق له في التزلزل وكون مالهما الى اللزوم ولان المقصود بالذات في السابق هو ذلك واما قوله
ولو كان قبله لم يصح فانه كالتتمة والرديف للسابق ويمكن كونه هو هذا القريب وهو عدم الصحة
لقربه وكلاهما جار للخلاف في المسئلتين المتشبهتين وكذا قوله على رد ويمكن تعلقه بالمسئلتين معا

معا الاخيرة

الاجرة وهي حكم مال السبق والرماية لا يد فيهما او مع والتحقيق الحكم ان عقد الجعالة من العقود الجائزة من جهة
لكل من الجاعلية والعامل فسخه قبل العمل وبعده ومن احكامه ان العامل لا يستحق المال المجعول الا بتمام العمل
فلو بقي منه شيء وان قل فليس له شيء بخلاف الاجارة حيث ان اجرتها موزعة على العمل بالنسبة فضمان مال
ان كان بعد تمام العمل فلا ريب في صحته للزوم وصح للجاعل وان كان قبله فقد اطلق المص الحكم بالصحة على
الاول والبطلان على الثاني ووجه الصحة انه وان كان عقدا جائزا والمال فيه ليس بلازم حال الا انه يؤول الى
اللزوم بتمام العمل وقد وجد سبب اللزوم وهو العقد فيكون كالثمن في مدة الخيار وفيه نظر لمنع وجود
السبب فانه العقد والعمل معا لا العقد وحده وانما العقد جزء السبب فلم يحصل سبب ثبوته ولا لزومه فان ما بقي
من العمل او مجموعه على عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه شيء وما مضى منه كذلك لانه لو ترك الباقي لم يستحق
شيئا فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار واضح لان الثمن
ثابت في ذمة المشتري مملوك للبائع غايته انه في الباب انه متزلزل وماله لو بقي على حاله من غير فعل اصلا
آل الى اللزوم بخلاف مال الجعالة فانه لا ثبوت له اصلا الى ان يكمل العمل فالمتجه عدم الجواز نعم في قوله تعالى
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل لانه ضمنه قبله وقد استدل
الفقهاء بهذه الاية على مسائل الجعالة والضمان فيكون هذا منها الا ان للبحث في ذلك مجالا وفي التذكرة
قطع بعدم الجواز قبل الشروع في العمل لانه ضمان ما لم يجب واستقرب الجواز لو كان بعد الشروع واما مال السبق و
الرماية فلا شبهة في جواز ضمانه بعد العمل كما مر واما قبله فيبنى على انه هل هو جعالة او اجارة وفيه خلاف
ياتي ان شاء الله والاقوى انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد ويصح ضمانه وقول المص او كمال
السبق والرماية اذا بدر قبل كمال العمل لانه من امثلة ما يؤول الى اللزوم وقد ظهر ان التردد يجوز كونه في
الامرين معا وان عطفهما على الحكم بالصحة اولى بالنظر الى قوله لكن يؤول الى اللزوم فان فيه ايماء الى وجه
الصحة قوله وهل يصح ضمان مال الكتابة قيل لا لانه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم ولو قيل بالجواز
كان حسنا القول بعدم الصحة للشيخ رحمه الله بناء على ان الكتابة المشروطة جائزة من قبل العبد فلا
يكون لازما من قبله ولا يؤول الى اللزوم لانه لو عجز نفسه رجع رقا وبطلت الكتابة والضامن فرع
المضمون عنه والاصح انها لازمة مطلقا فيصح ضمان مالها ولو نزلنا الى الجواز فالصحة متجهة ايضا لان المال
ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غايته عدم استقراره كالثمن في مدة الخيار وعلى هذا متى ضمنه ضامن انعتق
لانه في حكم الاداء بناء على انه ناقل وامتنع التعجيز كما لو ادى المال بنفسه وبهذا يحصل الفرق بينه وبين
الثمن في زمن الخيار فان اداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق اولى ومن هنا
اشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على اشتراط رضا المضمون عنه
في صحة الضمان فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب واعلم ان موضع الخلاف في

الكتابة المشروطة كما بيناه اذ لا اختلاف في اللزوم المطلقة فاطلاقها اص المص غير جيد قوله ويصح ضمان النفقة
الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها الخ لما كانت نفقة الزوجة تستقر في الزمن بفواتها لانها عوض
عن التمليك والتمكين وتجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره صح ضمانها في الحالين بخلاف المستقبلة
كنفقة الشهر المستقبل فانها غير واجبة لاشتراطها بالتمكين وهو ليس بحاصل في زمن لم يقع بعد فلا يصح
ضمانها وقوله لاستقرارها في ذمة الزوج يتم في الماضية قطعا واما الحاضرة فلا اشكال في وجوبها وثبوتها
في الذمة مع التمكين اما استقرارها ففيه نظر مبني على انها لو نشزت في اثناء النهار هل تثبت لها نفقة ذلك
اليوم ام لا وفيه خلاف يأتي ان شاء الله الكلام فيه اما لو ماتت او طلقها استقرت واحترز بنفقة الزوجة
انها الحق من البر والصلة والمواساة فيفوت بفوات الوقت بخلاف نفقة الزوجة فانها معاوضة
فسبيلها سبيل الدين وضمان المستقبل منها اولى بعدم الصحة اما الحاضرة فالاقوى صحة ضمانها للزوج
بطلوع الفجر كالدين وان عرض لها بعد ذلك الزوال لو تركت التمكين قوله وفي ضمان الاعيان المضمونة كالغصب
والمقبوض بالبيع الفاسد تردد والاشبه الجواز ضمان هذه الاعيان اما ان يكون على معنى تكليف الضامن
بردها عينا او قيمتها الى مالكها او بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب والمستام ونحوهما او الاعم منهما وفي
صحة الكل تردد منشأه وجود سبب الضمان للعين او لقيمتها وهو القبض المخصوص فيصح اما الاول فلانه
ضمان مال مضمون على المضمون عنه واما الثاني فلثبوت القيمة في ذمة الغاصب ونحوه لو تلفت ومن
ان الثابت في الاول هو وجوب الرد وهو ليس بمال والثاني ليس بواقع فهو ضمان ما لم يجب وان وجد سببه
لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل والاقوى عدم الجواز في ضمان القسم الاول لفساده من وجه اخر وهو
ان من خواص الضمان كما قد عرفت انتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه وهنا ليس كذلك
لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من اصولنا
قوله ولو ضمن ما هو امانة كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة في الاصل اشار بالتعليل
الى الفرق بينها وبين ما سبق حيث جوز ضمانه على تقدير تلفه مع انه ليس بواقع ووجه الفرق ان سبب الضمان
حاصل في تلك باليد العادية بخلاف هذه لانها ليست مضمونة وان فرض ضمانها على تقدير التعدي لا
السبب لانه ليس بواقع نعم قد يتعدى فيها فحكمها حكم السابقة بل هي من جملة افرادها لان البحث فيها
من ضمان الاعيان المضمونة اعم من كونها مضمونة بالاصل والعارض نعم في قول المص ليست مضمونة
في الاصل اشعار بعدم دخول التعدي في السابق لانه ليس مضمونا في الاصل لكنه لا يخلو من تجوز
ويمكن ان يريد بالاصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان ما ليس مضمونا في الاصل فقد الضمان الى وقته
لا يصح ضمانه ولا بمعنى التكليف قوله ولو ضمن ضامن ثم ضمن عنه اخر وهكذا الى عدة ضمنا كان جائزا
لانتفاء المانع فجواز ترامي الضمان متعددا واما امكن تحقق الشرط وهو ثبوت المال في ذمة المضمون

ومن هنا كان الاقوى بقاء حكم رجوع كل ضامن بما اداه على مضمونه لا على الاصيل ان ضمن باذنه الى آخر ما تعتبر فيرجع
الضامن الاول على الاصيل بالشرط وهكذا ولا عبرة باذن الاصيل للثاني وما بعده في الضمان فلا يرجع
عليه اذ لا حق عليه الا ان يقول له اضمن عنه وذلك الرجوع على هذه المسئلة من فروع القول بالانتقال او
الضم ويتفرع على القولين فروع جليلة وكما يجمع بين الضمان دفع دوره بان يضمن الاصيل ضامنه او ضامن
ضامنه وان تعدد لعدم المانع فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان نعم يترتب عليه احكامه كالحلول
وحد المضمون له الاصيل الذي صار ضامنا معسرا ونحو ذلك فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق
وقد يختلفان بان يضمن الحال مؤجلا وبالعكس وخالف في ذلك الشيخ رحمه الله محتجا باستلزامه صيرورة
الفرع اصلا والاصل فرعا وبعدم الفائدة وضعفه ظ فان الاختلاف في الاصلية والفرعية لا يمنع
المانعة والفائدة موجودة كما ذكرناه (ولا يشترط العلم بكمية المال فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه)
للاصحاب في ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بعد ذلك قولان اشهرهما الجواز للاصل والاطلاق
وقوله الزعيم غارم والظاهر قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم مع اختلاف كمية الحمل ولان الضمان
عقد لا ينافيه الغرر لانه ليس معاوضة لجوازه من المتبرع وضمان العهدة والقول الاخر المنع لانه اثبات
مال في الذمة لادمي فلا يصح في المجهول كالبيع ويتخصيص الاول وموضع الخلاف في صورة يمكن العلم
بها بعد ذلك كالو ضمن الدين الذي عليه او الثمن ما باع من فلان واليه اشار المص بقوله فلو ضمن
ما في ذمته صح اما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولا واحدا كما لو قال ضمنت لك شيئا مما لك على فلان
لصدق الشيء على القليل والكثير واحتمال لزوم اقل متمول له الشيء كالاقرار يندفع بانه ليس هو المضمون وان كان
بعض افراده (ويلزمه ما تقوم به البينة انه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان لا ما يوجد في كتاب ولا
ما يقر به المضمون عنه ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين) هذا تفريع على صحة ضمان المجهول فانه يلزم
ما ثبت بالبينة انه كان لانه المضمون عنه وقت الضمان لا ما يتجدد لانه لم يتعلق به الضمان ولا
ما يوجد في كتاب ودفتر لعدم ثبوته في ذمته وانما يلزم الثابت ولا ما يقر به المضمون عنه ولان اقراره انما
ينفذ على نفسه لا على غيره ولا على ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون لان الخصومة مع الضامن
والمضمون عنه فلا يلزم ما يثبت بمنازعة غيره كما لا يثبت ما يقر به نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت عليه ما
حلف عليه واطلاق المص عدم الثبوت بما يحلف عليه برد اليمين منزل على الاول هذا محصل الحكم وفي المسئلة
اقوال اخر منها لزوم ما اقر به الغريم ايضا ذهب اليه ابو الصلاح وابن زهرة ومنها لزوم ما يحلف عليه المضمون
له من غير تقييد وهو قول المفيد ومنها تقييده برضاء الضامن وهو قول الشيخ ويمكن رده الى الاول بحمل الرضا
على الرد وان كان اعم منه وفي الحقيقة مبنى ذلك على ان يمين المدعي هل هي كالبينة او كاقرار المنكر فيثبت على الضامن
ما حلف عليه على الاول دون الثاني الا ان يرضى الضامن بها ورد بان كونها كالبينة انما هو في حق ...

اليمين كما انها اذا كانت كالاقرار يكون كاقراره فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يوجد الحضور وقد مضى ما في
الرضا ويمكن دفعه بان البينة لا توقف فيما بين ان يكون المنازع المضمون عنه او الضامن لان الحق يثبت بها
مطلقا بلا خلاف لا الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليه متجه (ص) اما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح لانه لا يعلم
ثبوته في الذمة وقت الضمان قد علم ان شرط الصحة في الضمان تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان
على ما فيه من الخلاف فلو ضمن ما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على ضمان المتقدم لان العام لا يدل على الخاص
فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه انه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة كما لو ضمن ما في
ذمته ولزم ما يقوم به البينة انه كان ثابتا اوح فتعليله بقوله لانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان
لا يخلو من قصور لانه يقتضي انه لو علم في هذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمة وقت الضمان
صح والحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم وقوع صيغة الضمان موقعها حال وقت والتعليل يشير الى ذلك
لان المضمون لما كان الاعم من الثابت وقت الضمان وعدمه لم يدل على احد الامرين بخصوصه فلا يعلم
ثبوته في الذمة وقت الضمان اي لم يعلم ارادة الثابت من الصيغة هكذا علل في القواعد والحق [illegible]
منه بالمنع من هذه الصيغة على خلاف الشيخ رحمه الله حيث ذكر في المبسوط ما يدل على جواز ذلك ويمكن
ان لا يكون حكاية لقول الخصم بل يريد به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان ما يقوم به البينة انه كان ثابتا
وقت الضمان في ذمة المديون (ص) اذا ضمن عهدة الثمن لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان
البيع من راس اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن (ش) لا فرق بين الضمان
العهدة وغيره في اشتراط ثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وقت الضمان فاذا ضمن عهدة الثمن للمشتري
عن البايع اذا كان قد قبضه البايع اعتبر كونه ثابتا في ذمته وهو في نفس الامر وذلك على تقدير فساد
البيع ليكون حال الضمان مضمونا عليه لقبضه بغير استحقاق ورده على المشتري حق ثابت فيصح ضمانه
وذلك على تقدير ظهور المبيع مستحقا للغير ولم يجز المالك البيع او اجازه ولم يرض بقبض البايع الثمن او مثله
مما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه او اقتران شرط فاسد به فان ضمان الثمن للمشتري
يصح في جميع ذلك لما تقدم من العلة وفي الحقيقة هذا فرد من افراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير [illegible]
كونه موجودا حالة الضمان وقد تقدم ما في ضمان الاعيان والمصنف هنا اطلق الحكم على مذهبه هناك
او ان هذا الفرد خارج من البين لمكان الضرورة فان ظاهرهم الاطباق على جوازه واعلم ان العهدة في الاصل
اسم للوثيقة او الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه مقدار الثمن واحوال الرهن وصفة حلوله
وتاجيله ثم نقل الى وصف الثمن وغلب فيه كذا في التحرير وغيره وفي التذكرة سمي ضمان العهدة لالتزام
الضامن ما في عهدة البايع رده ولما ذكره في الصحاح فقال يقال في الامر عهدة بالضم اي لم يحكم بعد وفي
عقله عهدة اي ضعف فكان الضامن ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج اليه فيه من غرم او ان الضمان

الغرم بعض

لزم المشتري عليه عند الحاجة ويسمى ايضا ضمان الدرك قال في الصحاح الدرك التبعة وقيل سمي ضمان الدرك
لالتزام الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله قوله اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او تلف المبيع قبل القبض لم
يلزم الضامن ورجع على البايع لما كان شرط الضمان اشتغال الذمة بالمضمون على احد الوجوه السابقة كان
المعتبر في ضمان العهدة وجود الضمان للعين حالته فلا عبرة بالمتجدد ومن ذلك الفسخ بالتقايل وتلف
المبيع قبل القبض وفسخ بخيار المجلس والحيوان بالشرط ونحوها فانه حالة الضمان لم يكن فاسدا فلم يكن
مضمونا فضمانه على هذا الوجه ضمان لما لم يجب فلا يدخل في مطلق ضمان العهدة ولا يصح على تقدير التصريح
به والمراد من العبارة الاول واعلم انه في التذكرة متى حكم بتلف المبيع قبل القبض على ان التلف هل يبطل العقد
من حينه او من اصله فعلى الاول فلا يتناوله الضمان وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن وفيه نظر لانا
وان حكمنا بكونه مبطلا من اصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا
وفي نفس الامر فلا يتناوله الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبايع مطلقا وانما التلف الطاري كان سببا
في حكم الشارع بعود الملك الى صاحبه من اصله قوله وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق اي لا يدخل ذلك
في ضمان العهدة فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يطالب البايع لان فسخ العيب انما
ابطل العقد من حينه ولا من اصله فلم يكن حال الضمان مضمونا كالسابق حتى لو صرح بضمانه فسد لانه ضمان
ما لم يجب وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه لتقدم سبب الفسخ وهو العيب الموجود
حال البيع ودعاء الحاجة اليه وهذا على تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق والا فقد يصح الفسخ بعيب
لاحق كالواقع قبل القبض او في الثلاثة كما سبق وهذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع و
عند البيع فيكون كالمتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولا واحدا والاصح عدم دخوله في الضمان مطلقا
كما اشار المص رحمه الله قوله اما لو طالب بالارش رجع على الضامن لان استحقاقه ثابت عند العقد فيه
تردد اشار بالتعليل الى الفرق بين الارش والثمن حيث يدخل الارش في ضمان العهدة دون الثمن بان
على تقدير الفسخ بالعيب فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم اما الارش فانه جزء من الثمن
ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فينبغي بناؤه على صحة ضمان المجهول
الذي يمكن استعلامه الا ان يختص ضمان العهدة بحكم زايد كما خرج من حكم ضمان الاعيان المضمونة و
مثله لو ظهر نقصان الصنجة التي وزن بها الثمن او المثمن حيث يقتضي عهدته او يصرح بدخوله لوجود ذلك
حالة الضمان في نفس الامر ومنشاء التردد في الارش مما ذكر ومن ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم
بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش بل التخيير بينه
بين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره فهو قبل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد الواجب
المخير حيث يتصف بالوجوب قبل اختياره فوصف هذا بالثبوت قبل اختياره لو لزم مثله في الثمن لدخل

في ذلك والحق ثبوت الفرق بينهما بان الثمن ما يوجب الا بالفسخ اما بالارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء
فايت من مال المعاوضة ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشرا وانما ينتقل الى الثمن بان نفاق آخر حيث لم يسلم له
المبيع تاما ومحصل الاشكال يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقد وانما يرد بالفسخ والرجوع الى الثمن
وان سببه وان كان حاصلا لا يثبت الا باختيار ويظهر الفايدة فيما لو لم يعلم بالعيب وعلم ولم يطالب فهل
يبقى في ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة بالارش ام لا وقد تقدم في باب السلم لهذه المسئلة مزيد بحث قوله
اما لو خرج بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وكان في الباقي بالخيار فان فسخ رجع على البايع بما قابله
خاصة اذا ظهر بعض المبيع مستحقا فذلك البعض كان ثمنه ثابتا في ذمة البايع حالة الضمان فضح ضمانه فيطالب
الضامن بحصته من الثمن ان لم يجز ما ذكرنا ان فسخ المشتري في الباقي لتبعيض الصفقة طالب بثمنه للبايع لان
تناوله الضمان ونقل في ذلك الشيخ رحمه الله يجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق
حال العقد كالعيب ونحن لما ابطلنا الحكم في العيب هناك لا نعم من قال به فعليه بيان الفرق بين الامرين
فان تبعيض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان متحققا وقت البيع والعلامة رد بان سبب الاستحقاق
هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر قوله اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث
من بناء او غرس لم يصح لانه ضمان ما لم يجب المراد انه ضمن للمشتري ضامن عن البايع سبب ما يحدثه في الارض
التي اشتراها من بناء او غرس لو ظهرت الارض مستحقة وقلع المالك بناءه او غرسه والمراد بدرك ذلك تفاوت
ما بين قيمته ثابتا ومقلوعا فان هذا الضمان لا يصح فلا يستحق الرجوع عليه لو ظهر الاستحقاق وقلع لانه
ضمان ما لم يجب لانه حين الضمان لم يكن مستحقا للارش على البايع انما استحقه بعد القلع ولكن سببه كان
موجودا وقت الضمان وهو كون الارض مستحقة للغير فينبغي بيان الاحتمال السابق فيه او من ثم ذهب
بعض العامة الى جواز الضمان هنا بناء على اصله السابق قوله وقيل كذا لو ضمنه البايع والوجه الجواز
لانه لازم بنفس العقد اذا قلع المستحق غرس المشتري او بناءه في الصورة المذكورة فله الرجوع على البايع
بالارش ضمن ام لم يضمن وعلى هذا لو ضمن البايع ذلك فهل يصح الضمان قال المصنف الوجه الجواز لانه لازم بنفس
العقد وكانه اراد انه اذا كان لازما له وان لم يضمن كان ضمانه تاكيدا وفيه نظر لانه لا يلزم من ضمانه لكونه
تابعا سلطان على الانتفاع بحبانه ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع الشرايط التي من جملتها كونه ثابتا حال
الضمان وعدم الصحة اقوى ولا خلاف ليس في ثبوت ذلك على البايع ام لا فانه ثابت بغيره كما بينا في ثبوت
سبب الضمان ويظهر الفايدة فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع يبقي له الرجوع عليه بسبب
الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ بالاخر ان شاء وفيما لو كان قد شرط
على البايع في عقد البيع ضمانا بوجه صحيح فان صححنا هنا كفى في الوفاء بالشرط وان لم يحصل للمشتري نفع
مرجح فقد ظهر ان هذا الضمان قد يفيد فايدة اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته وبه يظهر ضعف تعليل جوازه

يكون ثابتا سواء ضمن ام لم يضمن لان هذه العبارة الاخيرة لم يكن ثابتا لو لم يضمن قوله اذا كان له على رجلين مال فضمن
كل واحد منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه الخ لا اشكال في صحة هذا الضمان لان
كل واحد جامع لشرائط الصحة ثم ان تساوى المالان وكان ضمان كل واحد سوى الآخر لم يتغير وصف الدين
بالحلول والتأجيل ففائدة هذا الضمان تعاكسهما في الاصالة والفرعية وترتب عليه ما لو ابرأ المضمون
له احدهما فانه يبرأ الآخر فوق المصنف ولو ابرأ الغريم احدهما برئ مما ضمنه دون شريكه بمعنى ان شريكه لا يبرأ
مما ضمنه لكنه مما كان عليه لانتفاء الضمان لذلك ونظير الفائدة ايضا في انفكاك الرهن الذي كان
على الدينين او على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وان اختلفا باحد الوجوه المذكورة ظهرت فوائد اخر
اذ قد يضمن المؤجل حالا او بالعكس او يكون احدهما ابيض وبعض الاكثر او يكون احدهما متبرعا او نحو ذلك
وانما تحول ما كان على كل واحد الى صاحبه مع ضمانهما معا لصحة ضمان المضمون له فلو رد واحد منهما بطل
واجتمع على الآخر الحقان وكذا لو ضمنا على التعاقب اجتمعا على الآخر وعلى قول من جعله ضم ذمة الى ذمة يشتركان
في المطالبة لكل واحد منهما قوله اذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال وابراه من بعضه لم يرجع
على المضمون عنه الا بما اداه قد تقدم ان الضامن انما يرجع على المديون مع ضمانه باذنه وعلى تقديره
فانما يرجع بما اداه ان لم يزد عن الحق والا رجع بالحق فالضابط انه يرجع باقل الامرين مما اداه ومن الحق
في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي اداه بين كون الزائد سقط عنه بابراء
المضمون له وغيره خلافا لبعض العامة حيث جوز له الرجوع بالجميع لو ابرأه منه او من بعضه لانه هبة و
مسامحة من رب الدين للضامن خاصة نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه جاز رجوعه به لصدق
اداء الجميع وكذا لو وهبه الجميع قوله ولو دفع عوضا عن مال الضمان رجع باقل الامرين من قيمته ومن
الدين ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد وبين ان يصالحه
الضامن عن دينه فلو كان ثوبا يساوي مائة وصالحه به على الدين وهو مائتان لم يرجع الا بقيمة
الثوب هذا اذا اجرى البيع على العرض بنفس المال المضمون اما لو صالحه عليه في المثال بما يتبين مطلقا ثم
تقاصا فالمتجه رجوعه بالمائتين لانهما ثبتت له في ذمته بغير استيفاء وانما وقع الاداء بالجميع و
يحتمل الرجوع بقيمته خاصة لان الضمان وضع للارتفاق وتوقف في التذكرة في ذلك قوله اذا ضمن
عنه دينارا باذنه فدفعه الى الضامن فقد قضى ما عليه ولو قال ادفعه الى المضمون له فدفعه فقد برئ
دفع المضمون عنه الى المضمون له الخ قد عرفت ان الضامن لا يستحق عند المضمون عنه شيئا الى ان يؤدي
مال الضمان فاذا ابتدأ المديون ودفع الدين الى الضامن فقد تبرأ بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه
الضامن وليس له التصرف فيه نعم لو دفعه في الدين باعتبار الاذن في قول المصنف فقد قضى ما عليه فقد يوهم خلاف
ذلك وانه يكون بمنزلة اداء الدين وليس كذلك وانما المراد انه تخلص من الحق لان الضامن ان دفعه فقد

وان لم يدفعه كان في يده مساويا للحق لما ان يؤدي فيأخذه من دينه وان يؤدي فيأخذه من دينه وان ابرى من الدين
او بعضه وجب عليه رده قابلة الى المديون فالمديون قد قضى ما عليه على كل حال ولكن هذا انما يتم مطلقا
على تقدير ان يكون المقبوض في يد الضامن مضمونا عليه والا لامكن ان يتلف في يده بغير تفريط فلا يكون
المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه وليس ببعيد كونه مضمونا كالمقبوض بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت
حتى تؤدي واستشكل في التذكرة كونه مضمونا بعد ان حكم به نعم لو قال المديون للضامن اقبض به ما ضمنت
عني فهو وكيل والمال في يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق واضح لانه دفعه في السابق اليه اما مطلقا
او انه الحق المضمون وعلى التقديرين يستحق عليه الضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت لانه وكالة في
قبضه ودفعه وضمير قوله ولو قال يعود الى الضامن اي قال الضامن المضمون عنه ادفع انت الى المضمون له
لما دفعه فقد برئنا اما الضامن فلوفاء دينه واما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه
ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن لانه المديون وقد اذن في
وفائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لادائه فيتقاصان واما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له
بغير سؤال الضامن فانه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه فيبرئ الضامن ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه
ولا يرجع هو لعدم غرامته فيبرئان معا ايضا كالسابق لكن الاعتبارات مختلفة قوله اذا ضمن باذن المضمون عنه
ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه لاصالة عدم القبض فح فلا يرجع الضامن
على المضمون عنه بشيء لعدم تحقق غرمه واستحقاقه الرجوع مشروط به ولا فرق في ذلك بين ضمانه بالاذن
وعدمه وانما قيده بالاذن ليترتب عليه الاحكام الاتية اذ لا تهمة مع عدمه مطلقا اذ لا رجوع قوله فان
شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته مع انتفاء التهمة على القول باشتراط المال لما كان المضمون
عنه مع اذنه في الضمان يثبت عليه ما يغرمه الضامن فشهادته له بالاداء شهادة على نفسه وشهادة
لغيره فيسمع الا ان يفرض عليه تهمة في الشهادة بحيث يفيده فائدة زائدة على ما يغرمه ورد وقد فرض
التهمة في صور منها ان يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك فشهادة
المضمون عنه له يجر الى نفسه نفعا فان ذلك اذا لم يثبت يبقى مجموع الحق في ذمة الضامن وفيه نظر
لانه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت بالبينة كما سيأتي
فتندفع التهمة فتقبل الشهادة ومنها ان يكون الضامن معسرا ولم يعلم المضمون له باعساره فان له الفسخ
حيث لا يثبت الاداء ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق الى ذمته ومنها ان يكون الضامن
من تجدد عليه الحجر للفلس وللمضمون عنه عليه دين فانه يوفر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به
ولا فرق في هاتين الصورتين بين كون الضامن متبرعا او سائلا لان فسخ الضمان يوجب العود على المديون
على التقديرين اما الاول فهي مخصوصة بالضامن سؤال ليرجع بما غرم وانما تسمع الشهادة بوجه على

القول يكون

المتن بقوله يكون الضمان ناقلا كما هو المذهب فلو قلنا بانه يفيد الضم خاصة لم يتبع مطلقا و قوله المص على القول
بانتقال المال يشعر بان لاصحابنا قولا بغيره و فيما تقدم اسناده اليه ايضا و هو نادر قوله و لو لم يكن مقبول الحلف
المضمون له كان له مطالبة الضامن مطالبة مرة ثانية و يرجع الضامن على المضمون عنه بما اداه اولا اذا لم
يشهد المضمون عنه رجع الضامن بما اداه اخيرا قوله الشهادة المضمون عنه اما لعدم عدالته و للتهمة
في الاداء قوله المص لما قوله تقدم و المراد انه لم يكن حينئذ شهادته فيرجع على الضامن بالحق و يكون مرة
ثانية بالنسبة الى زعم الضامن و الا فهي اولى عند المضمون له في ظاهر الحال و انما يرجع الضامن على
المضمون عنه بما اداه على ذلك و لا يخفى انه مشروط بمساواة الاول للحق او قصوره و الا رجع باقل الامرين لانه لا يستحق
سواه و ان الثاني ظلم و ان كان الاقل ما غرمه ثانيا فكذلك لانه لم يثبت ظاهرا سواه و ان كان الاقل من المدفوع
الى المضمون له في حكم شهادة المضمون عنه اعترافه بالدفع الاول و ان لم يشهد لما ذكر من الوجه فقوله و لو لم
يشهد مقيد بعدم اعترافه ايضا او لو جعل مناط الحكم عدم تصديقه كان اجود و لشموله عدم الشهادة عنه
قوله اذا ضمن مريض في مرضه و مات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح يمكن ان يكون الاصح مبنيا
على الخلاف في ان منجزات المريض هل هي من الاصل او من الثلث و اختياره للثاني كما سبق من مذهبه و يكون
كونه اشارة الى ان الضمان هل يعد من التبرعات المنجزة ام لا و وجه اختياره كونه تبرعا انه التزام مال لا يلزمه
و لم يأخذ عنه عوضا فاشبه الهبة و على التقديرين انما يتم الحكم مع تبرعه بالضمان اما لو ضمن بسؤال
فهو كالبائع بثمن المثل نسيئة فالوجه ان متى امكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الاصل و ان لم يكن
لاعساره و نحوه فهو من الثلث و لو امكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباة يتوقف ما يفوت على الثلث
و اشار بقوله و مات فيه الى ما لو برئ منه فانه يخرج من الاصل كالتبرع لو مات بعد ذلك هذا كله مع عدم
اجازة الورثة و الا فكله من الاصل قوله اذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح و كذا لو كان الى شهرين
فضمنه الى شهر لان الفرع لا يرجح على الاصل و فيه تردد قد تقدم الكلام في ذلك و ان الاقوى صحته
فيهما و هو مختار المص ثمة لكنه رجع عن الجزم الى التردد او الى الحكم بخلافه القسم الثاني في الحوالة قوله
الحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله الكلام في كون الحوالة عقدا او بمنزلة
العقد كما سبق و منه بقوله لتحويل الى آخره انا نقله للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه و منه سميت
حوالة و قوله مشغولة بمثله صفة للذمة المتحول اليها و هي ذمة المحال عليه و خرج منه الحوالة على البريء
من حق المحيل مع انه سيأتي عن قريب انه يقطع بجوازها على البريء و لا ينفعه حكمه بكونها بالضمان اشبه فان
بجانب التسمية لا يخرجها عن كونها حوالة في الجملة و لعله عرف الحوالة المتفق على صحتها اذ الحوالة على
مختلف فيها و العلامة قد اسقط في تعريفها القيد محاولة لادخال ذلك الفرد لئلا ينتقض التعريف
في عكسه فوقع فيما هو اضعف منه لشموله الضمان بالمعنى الاخص لان المال يتحول فيه من ذمة الى

عنه الى ذمة الضامن فانتقض طرده قوله ويشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال اما اعتبار رضاء المحيل
والمحتال فموضع وفاق لان من عليه الحق مخير في جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا والمحتال
حقه ثابت في ذمة المحيل فلا يلزم نقله الى ذمة اخرى الا برضاه واما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور
بين اصحابنا بل ادعى عليه الشيخ رحمه الله الاجماع ولانه احد من يتم به الحوالة فكان كالاخرين ولاختلاف
الناس في الاقتضاء والاستيفاء سهولة وصعوبة ولان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة يتوقف
على رضاه ولاصالة بقاء الحق في ذمة المحال عليه للمحيل فيستصحب وفيه نظر لان المحيل قد اقام المحتال مقام نفسه
في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار الى رضا من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه واختلاف الاخرين لما ذكرناه
واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن ينصبه والتوقف على رضاه محل النزاع فلا
يجعل دليلا مع انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل بل هي ايفاء ما في ذمة الغير فلا يقصر عن بيعه فلا يشترط
فيه رضاه والاصالة المذكورة معارضة باصالة عدم الاشتراط والاستصحاب ينقطع بما ذكرناه خصوصا
مع اتفاق الحقين جنسا ووصفا نعم لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار
رضاء المحال عليه لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضا المتعاوضين ومع ذلك لو
رضي المحتال باخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور ورجح في المختلف عدم اشتراط رضاه مع الموافقة وهو قوي
والاجماع على خلافه ممنوع ثم على تقدير اعتبار رضا المحال عليه ليس على حد رضاء الاخرين لان الحوالة
عقد لازم من جملة العقود اللازمة فلا يتم الا بايجاب وقبول فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال
ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ والمقارنة وغيرهما واما رضاء المحال عليه فيكفي كيف اتفق مقارنا
ام متراخيا بل لو كان متقدما ايضا لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كله واعلم انه يستثنى من القول
بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريا من حق المحيل فان رضاه معتبر اجماعا ويستثنى من اعتبار رضاء المحيل ما
تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضاء المحيل قطعا لانه وفاء دينه وضمانه بغير اذنه والعبارة عنه ح ان
يقول المحال عليه للمحتال احلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيشترط هنا رضاء المحتال والمحتال
عليه ويقومان بركن العقد بخلاف جعل رضاء المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره فتامل قوله
ومع تحققها يتحول المال الى المحال عليه ويبرا المحيل وان لم يبرئه المحتال على الاظهر هنا حكمان احدهما
ان الحوالة تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وهو موضع وفاق منا ومن
العامة الا من شذ منهم فانه جعلها كالضمان وفساده ظاهر لان الحوالة مشتقة من التحول بخلاف
الضمان فانه قد يشتق من الضم كما ادعوه فيلزم كل واحد ما يقتضيه وثانيهما ان المحيل يبرا من حق المحتال
بمجرد الحوالة سواء ابراه المحتال ام لا لدلالة التحول عليه وهو المشهور وخالف فيه الشيخ وجماعة استنادا الى
رواية زرارة عن احدهما في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل فيقول له الذي احتال برئت مما لي عليك

قال لا ابرئك

ثم افلس بعد فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله وحملت الرواية على ما اذا ظهر اعسار
المحال عليه حال الحوالة من جهل المحتال بحاله فان له الرجوع على المحيل اذ لم يبرئه وعلى ما اذا شرط المحيل البراءة
فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه وهو حمل بعيد وعلى ان الابراء كناية عن قبول
المحال الحوالة بمعنى قوله برئت مما لي عليك اي رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت انت فكنى عن
اللزوم بالبراءة اللازم وهكذا القول في قوله لو لم يبرئه فله ان يرجع لان العقد بدون رضاه غير لازم
فله ان يرجع فيه قوله ويصح ان يحيل على من ليس عليه دين لكن يكون ذلك بالضمان اشبه هذا هو الاقوى
لاصالة الصحة وعدم الاشتراط وللشيخ قول بالمنع واخر بالصحة ومبنى القولين على ان الحوالة هل هي
استيفاء او اعتياض على الاول تصح دون الثاني لانه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضا عن حق المحتال وانما كان
اشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وكان المحال عليه بقبوله ضامنا
من لدين المحتال على المحيل لكن هذه التسمية لا تخرج عن الحوالة قطعا فيلحقه احكامها قوله واذا احاله على المليء
لم يجب القبول لان الواجب اداء الدين والحوالة ليست اداء وانما هي نقل الدين من ذمة الى اخرى فلا يجب قبولها
منه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اوجب القبول لقول النبي ص اذا احيل بحق على مليء فليحتل والخبر مع
تقدير صحته محمول على الاستحباب والارشاد قوله لكن لو قبل لزم وليس له الرجوع ولو افتقر لان الحوالة
توجب البراءة من الحق فلا يعود الا بسبب يوجبه ولرواية عقبة بن جعفر عن الكاظم ع وخالف في ذلك
جماعة من العامة فجوزوا الرجوع لو افتقر وكذا لو تعذر الاستيفاء منه بموت او جحد قوله اما لو قبل الحوالة جاهلا
بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على المحيل لا فرق في ذلك بين اشتراطه في متن
العقد يساره وعدمه لرواية منصور بن حازم عن الصادق ع ولما فيه من الضرر والتغرير والمراد بالفقر
هنا الاعسار وان كان اعم منه ولا يخفى كونه فقيرا بالمعنى المتعارف وموسرا بالمعنى المعتبر في الدين
والمعتبر يساره واعساره وقت الحوالة فلو كان حينئذ مليا ثم تجدد له الاعسار فلا خيار ولو انعكس بان كان
معسرا ثم تجدد له اليسار قبل ان يفسخ المحتال فهل يثبت له الخيار وجهان من زوال الضرر وثبوت الخيار قبله
فيستصحب وهو اقوى لان الموجب للخيار ليس هو الاعسار مطلقا [illegible] بل الاعسار وقت الضمان
وهو متحقق فيثبت حكمه قوله واذا احال بما عليه ثم احال المحال عليه بذلك الدين صح وكذا لو ترامت الحوالة
كما تصح الحوالة الاولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك لتحقق الشرط وهو اشتغال ذمة المحال
عليه بدين المحتال وغيره من الشروط ومتى احال المحال عليه برئ كالاول وهكذا لو تعدد وهو المراد
بالترامي بان احال المديون زيدا على عمرو ثم احال عمرو زيدا على بكر ثم احال بكر زيدا على خالد وهكذا
وهنا قد تعدد المحال عليهم والمحتال واحد ولا يمتنع مع ما يمنع دورها كالضمان بان يعود الى المحيل
الاول بان يكون ذمته مشغولة بدين لمن احال عليه او مطلقا على المحتال قوله واذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة

فان كان المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع وبرئ المحال عليه لما كانت الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل

الى ذمة المحال عليه صار المحيل بالنسبة الى دين المحال بمنزلة الاجنبي لبرائته منه فاذا اداه بعدها كان كمن

ادى دين غيره بغير اذنه فلا يشترط في جواز رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعا وبرئ المحال عليه من الدين

ويشترط في المال ان يكون معلوما ثابتا في الذمة احترز بالمعلوم عن المجهول عند المحيل كالحوالة

بما له من الدين ولا يعرف قدره فانه لا يصح للغرر ولان الحوالة ان كانت اعتياضا فلا يصح على المجهول

كما لا يصح بيعه وان كانت استيفاء فانما يمكن استيفاء المعلوم ويحتمل على الثاني الصحة ويلزم ما يقوم به

البينة كالضمان وبالثابت في الذمة عما ليس بثابت وان وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل فانه لا

اجالة بالجاعل بالمجهول له لعدم ثبوته اما احالة المجعول له على الجاعل لمن له عليه دين ثابت فانه

جائز بناء على البرى فالحاصل ان المعتبر ثبوت المحال في ذمة المحيل لا في ذمة المحال عليه ولا فرق في الثابت

بين كونه مستقرا وغيره كالثمن في مدة الخيار ويكون الحوالة مراعاة بالبقاء على المبيع فلو فسخ بالخيار ففي

بطلان الحوالة وجهان يأتي الكلام عليهما في نظيره سواء كان له مثل كالطعام او لا مثل له كالعبيد

نبه بذلك على خلاف الشيخ في احد قوليه وجماعة من عدم جواز الحوالة بالقيمي لكونه مجهولا وضعفه واضح

فانه مضبوط بالوصف والواجب فيه القيمة وهي مضبوطة ايضا تبعا لضبطه فالمانع مفقود وعموم الادلة

يشمله ويشترط تساوي المالين جنسا ووصفا تفصيا من التسلط على المحال عليه اذ لا يجب ان يدفع

الامثل ما عليه ونبه بذلك على مذهب الشيخ وجماعة الى اشتراط تساوي المالين وهما المحال عليه جنسا ووصفا

لان حقيقة الحوالة تحويل لما في ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير

كيف يصير حق المحال عليه دراهم ولم يقع عقد توجب ذلك فان الحوالة ان كانت استيفاء كان بمنزلة

من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدراهم لا الدنانير وان كانت معاوضة فليست على حقيقة

المعاوضة التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زيادة قدر او صفة وانما هي معاوضة ارفاق

ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس

في ذمته والتحقيق في ذلك انا ان اشترطنا رضا المحال عليه وجوزنا الحوالة على البري كما اختاره المصنف هنا

فلا وجه للمنع اصلا لانه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس يصح فاذا كان ورضي بغير الجنس بل بتعيين

القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة لان الحوالة ان كانت استيفاء كما هو الظاهر فالاستيفاء جائز بالجنس

وغيره مع التراضي وان كانت اعتياضا فكذلك لجواز المعاوضة على المختلفين وليست معاوضة بيع حتى

يعتبر التقابض ونحوه حيث يعتبر في البيع نعم قد يقول بجواز الحوالة على البري هنا لكن لم يحول الى الدنانير

وانما الزم المحال عليه للمحتال دنانير وبقيت الدراهم في ذمته للمحيل فيعتبر في التقابض تراض جديد وهنا

حين الادا لا لاجل الحصول التراضي سابقا على تحويل الحق الى ما في ذمة المحيل والتسلط الذي هو

بنه التي

منه انتفى سقوط التراضي و قد يجرى من ذلك ان القابل بعدم صحة ذلك لا يتم به مطلقا الا ان يقول بعدم جواز الحوالة
على البري و الا صحت الحوالة هنا الا انه تكون كالحوالة على من لا دين له عليه لا انها تقع باطلة مطلقا اذ لا ينقص
عن ذلك وان القابل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتوجه له القول هنا بالصحة سواء التحول الحق الى جنس
المحال به ام لا بل في كل واحد بحالة التوقف كل واحد من القسمين على التراضي لانه اما لاستيفاء من غير الجنس
او معاوضة على الثاني حوالة على البري و كلاهما مشروط بالرضا نعم لو قصد بالحوالة تحول الحق
المحال الى ما في ذمة المحال عليه اتجه الجواز من دون رضا المحال عليه و سقط معه محذور التسلط الذي جعلوه
مانعا و ان الاقوى الصحة مع التراضي و تحول الحق الذي على المحال على الجنس المحال به و صفه قوله ولو احا
له فقبل و ادى ثم طالب بما اداه فادعى المحيل انه كان له عليه مال فانكر المحال عليه فالقول قوله مع يمينه
و يرجع على المحيل لما ثبت من ان الحوالة جائزة على البري من دين المحيل على المحال عليه بقبض باطلاقها
ثبوت دين كذلك فاذا ادى المحال عليه و طالب بما ادى منكر الثبوت دين عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه
لاصالة البراءة و يرجع على المحيل بما ادى و لو اعتبرنا في الحوالة شغل ذمة المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه
لاقتضائها ثبوته فالمنكر و ان كان معترفا بالبراءة ومنه من الدين الا ان ذلك يقتضي بطلان الحوالة
على هذا التقدير و مدعي الدين يدعي صحتها و مدعي الصحة مقدم و يمكن على هذا ان يقال تساقط الاصلان
و بقي مع المحال عليه انه ادى دين المحيل باذنه فيرجع عليه على التقديرين و هو حسن فان قيل الاذن في الاداء
انما وقع في ضمن الحوالة فاذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الاذن مجردا لانه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه
قلنا الاذن و ان كان واقعا في ضمن الحوالة الا انه امر يتفقان على وقوعه و انما اختلفا في امر اخر فاذا لم
يثبت لا ينتفي ما اتفقا عليه على ان في زوال الاذن الضمني بزوال ما يثبت في ضمنه بحث
يأتي تحقيقه ان شاء الله في الوكالة المعلقة على شيء و ما في قوله ادى ثم طالب اشارة الى ان المحال عليه
مع براءته منه لا يرجع على المحيل الا مع الاداء كالضامن لما تقدم من ان هذا القسم بالضمان اشبه قوله
و يصح الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم وهل يصح قبله قيل لا لا اشكال في جواز الحوالة بمال الكتابة
بعد حلول النجم لثبوته في ذمة المكاتب اما قبل الحلول فمنعه الشيخ رحمه الله بناء على جواز تعجيزه نفسه فلم
انه ممتنع من ادائه و الاقوى الجواز لمنع جواز التعجيز و على هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لانها ليست في حكم
الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها و ان افتى فالكون الحوالة لازمة و ح فلو اعتق السيد المكاتب بطلت
الكتابة و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لان المال صار لازما للمحتال و لبطلانه طار و لا يضمن السيد
ما يغرمه من مال الحوالة قوله و لو باع السيد سلعة فاحاله بثمنها جاز لان حكم الكاتب حكم الاحرار
في المعاملات فيثبت في ذمته للسيد ثمن ما اشتراه منه و يصح له الحوالة للسيد بالثمن و انما خص البيع
و لم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى للتنبيه على خلاف الشيخ في مسألة البيع حيث انه فانه

الكتابة بناء على اصل من جوازها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيئا على عبده بخلاف ما لو باع من اجنبي واحاله

على المكاتب بثمنه فانه لا سبيل له الى اسقاطه ولو فسخت الكتابة فانه يثبت في ذمته حق ولو كان له اجنبي دين

فاحال عليه بمال الكتابة صح لانه تحويل الى المكاتب والمحال هو السيد والمراد انه اذا كان للمكاتب دين على اجنبي

غير السيد فاحال سيده بمال الكتابة على ذلك الاجنبي الذي للمكاتب عليه دين صحت الحوالة لانه يجب على المديون

تسليم ما للمكاتب عليه اليه او الى من يوصيه وح يتبرأ ذمة المكاتب من مال الكتابة وتجري الحوالة مجرى الاداء

سواء ادى المحال عليه المال الى السيد ام لا حتى فلو افلس لم يعتبر الحكم لان ما احاله به دين ثابت ولو كانت

الحوالة بيعض مال الكتابة كان بمنزلة قبض البعض حتى لو اعتقه سقط عن المكاتب الباقي ولم يبطل الحوالة

قوله اذا قال احلتك عليه فقبض فقال المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال انما احلتني الى قوله

وفيه تردد ومرجع هذا الاختلاف الى ان لفظ الحوالة التي اتفقا على استعمالها فيهما اصل مفهوم معناها

المتعارف منها او معنى الوكالة حيث ان الوكالة من العقود الجايزة التي لا ينحصر في لفظ مخصوص وبنيا انما دل

على الاذن فيما وكل فيه ولفظ الحوالة صالح له وح تقديم قول المحيل لما ذكره المصنف انه اعرف بلفظه اي

بالمقصود من لفظه اذ لا نزاع بينهما في اللفظ انما النزاع في المدلول اللفظ والمقصود منه والانسان لا يطلع على

مقصده من غيره بل عنده حقاه دلالة اللفظ لا يعرف الا من قبله فيكون قوله مقدما فيه بيمينه ويعضده

ايضا اصالة بقاء حق المحيل في المال المحال واصالة بقاء حق المحتال على المحيل وصدر التردد مما ذكره من دلالة

اللفظ ظاهرا على الحوالة واحتياج دلالته على الوكالة الى القراين والاصل عدمها وربما قيل بان لفظ

الحوالة حقيقة في العقد المخصوص ومجاز في الوكالة واللفظ اذا تجرد عن القراين انما يحمل على حقيقة دون مجازه

هذا من الامر بالحمل على غير الحقيقة مع عدم نصب قرينة عليه واذا كان كذلك فدعوى المحيل

مخالفة للاصل فلا تسمع وح فيما معه من الاصلين الاخيرين قد زال بالحق لعنا الصادرة بينهما التي لا

فيها الحقيقة والمحنة هذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لان الوكالة

لما كانت تتحقق بكل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة وكانت الحوالة مودية لذلك لان معنى

احلتك كما يحتمل ارادة تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال

فقابد لهما تسليطهما على المحال عليه ونقول ان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على تقديرين وانما

الكلام في المعنى الزايد على الاذن وهو تحويل الحق وكون المراد ومعناه هو الحوالة بالمعنى المتعارف فالظاهر

لا شبهة فيه لكنه لا يدل على مجازية الاخر لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد منه احد معانيه

بقرينة فرجع الامر الى انه هل هو من باب الحقيقة والمجاز او من باب المشترك الذي يراد وضع القراين

على ارادة احد معينيه ويظهر الفايدة في كون الفرد الاخر حقيقة او مجازا وبواسطة ذلك يختلف

الحكم كما سبق تقريره فان قيل المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند اطلاقه هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم

مسئلة

منه ارادة الوكالة الا بانضمام قراين خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها المذكور دون الوكالة لما تقرر
في الاصول من ان ذلك من علامة الحقيقة والمجاز قلنا هذه العلامة لا تتم في المشترك الا نرى مع وجود قرينة و
تعيين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته مع عدم كون الاخر مجازا اتفاقا ومع عدم قرينة معينة لا يتبادر [در]
احدها فيلزم على هذا ان يكون اطلاقه عليه بطريق المجاز كما ان اطلاقه على غير المتبادر اليه بطريق المجاز ايضا وهو
باطل قطعا الا يرى ان من قال العين اشترى الشيء العادي بالعين يتبادر الى الذهن قطعا انه لا يريد به عين الركبة
ولا الباصرة مع ان اطلاق العين عليهما بطريق الحقيقة ثم يحتمل ان يريد بها ما قابل الدين فيصلح الثاني ا
عيانا الاموال ثم يحتمل ان يريد به الذهب فيخرج عنه من الاعيان ويدخل الدين اذا كان ذهبا فلا يدل
عدم المبادرة الى احدهما الى انهما مجازان فيه ثم لو ضم الى اللفظ الامر السابق قوله لا الدين تبادر الى الذ[هن]
ارادة المعنى الاول من المعنيين ومع ذلك ما يدل على ان اطلاقه على الباقي بطريق المجاز وح فاطلاق الاصو[ليين]
كون ذلك من علامات الحقيقة والمجاز يحتاج الى التنقيح وقد نبه عليه بعض الاصوليين فان قيل الحوالة [حقيقة]
شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة واذا تعارضت الحقيقتان فالشر[عية]
مقدمة ويعضدها ايضا دلالة العرف على ارادة المعنى الشرعي والعرفية مقدمة على اللغوية قلنا دلا[لتها]
على الوكالة ايضا بطريق الشرع لان الوكالة لما كانت شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف ما اتفق وباي
لفظ دل عليه كما هو شان العقود الجائزة وكانت الحوالة دالة عليه لغة ايضا فاطلاقها عليها اذا اراد[ها]
اللافظ يكون بطريق الحقيقة الشرعية ولئن وافقنا مع ذلك اللغة وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف
من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الاخر عن الحقيقة فان قيل سلمنا صلاحيتها
لذلك لكنه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركا بين المعنيين ولو حملناها على الوكالة بطريق المجاز يندفع
الاشتراك وقد تقرر في الاصول ان المجاز اولى من الاشتراك عند التعارض قلنا الاشتراك اولى او لا بل قد قال
جمع من المحققين باولوية الاشتراك سلمنا لكن ذلك اذا لم يثبت الاشتراك وقد اثبتناه فلا يتم الترجيح واذا
ثبت ذلك فدعوى المحيل ارادة الوكالة يكون دعوى لارادة بعض افراد الحقيقة الا انه خلاف الظاهر
ودعوى المحتال الحوالة يوافقه ولكن هذا لا يدفع الاصالة المتقدمات وهما اصالة بقاء حق المحيل
وحق المحتال انما ينتفيان لو كانت الحوالة مجازا في الوكالة كما سلف اما اذا كانت حقيقة فيها فلم يقع
ما يرفع ذينك الاصلين لكن يرجع الامر الى تعارض الاصل والظاهر فان قدمنا الاول كما هو الراجح
في استعمالهم فالقول قول المحيل كما اختاره المص وجماعة وان قدمنا الظاهر فالقول قول المحتال كما لو
جعلناها مجازا في الوكالة ويتفق التوجيهان وبعد ذلك كله فالقول بتقديم قول المحتال قوي
اما مراعاة للحقيقة او لقوة هنا الظاهر حتى يكاد يلحق بالقطع وقد رجحوا الظاهر في مواضع لا يقصر عنها
هنا اولنا فقط الامرين يحكم له بملك ما تحت يده لان الاصل في اليد الملك وهذا مطرد فايدة بقيد الاتباع

المذكور يكون بعد القبض فيقول بعضهم ان الاختلاف قبل القبض وبعده لا يحدث فيه فرقا وليس بجيد وانما يتجه عدم
الفرق لو سلم ان الحوالة مجاز في الوكالة فاذا اطلقت وحملت على الحقيقة تعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار
ملكه سواء قبض او لم يقبض قوله واما لو لم يقبض ثم اختلفا فقال وكلتك فقال بل احلتني فالقول قول
المحيل قطعا الكلام هنا متفرع على ما سبق فان قلنا ان لفظ الحوالة مجاز في الوكالة بعدم الفرق واضح و القطع
ممنوع بل الوجهان آتيان فيه وتقديم قول المحتال اوضح لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك فلا يقدح
دعوى المجاز والا لتوجه في كل عقد يدعي في لفظه ارادة غير معناه الحقيقي وهو باطل وان جعلناه حقيقة
في الوكالة ايضا تعارض الاصل والظاهر ولا ترجيح من جهة القبض كما تقدم فيمكن ان يكون قطع المص
من جهة ترجيح الاصل لانه الغالب معتضدا بما سبق باصالة عدم ملك المحتال لما في يده ولما نوى جهة
الفرق بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يتم الملك بالقبض فقبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف في
قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف وليس بسديد لان الحوالة وان جعلناها
استيفاء بقول انها بمنزلة وانما لا بمنزلة التوكل فيه لان الحوالة تفيد النقل والملك وان لم يحصل
القبض اجماعا حتى لو ابرأ المحيل بعد الحوالة وقبل القبض دفع البدل لم يملك ذلك بدون رضا
المحتال اذا تقرر ذلك فنقول ان قدمنا قول المحتال فالحكم واضح فان كان قبض برئت ذمة المديون
من مقدار المال لاخذه بزعمه منه فهو فيما اصله في مقداره وذمة المحال عليه ان كانت مشغولة
لثبوت الحوالة ظاهرا وان لم يقبض فله المطالبة هذا اذا حلف وان كان حلف المديون بطلت الحوالة
وان قدمنا قول المحيل ولم يكن المحتال قد قبض بطلت وكالته بانكاره وحوالته بحلف المديون
وله ان يطالب المديون بحقه لبقائه بزعم المديون في ذمته مع احتمال العدم لزعمه ان لا حق له
على المديون بالحوالة وان على المحال عليه وان كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه
للمحيل وله مطالبة المحيل بحقه لانه ان كان وكيلا فحقه باق على المديون وان كان محتالا فقد
استرجع المحيل ماله منه ظلما فله الرجوع عليه ببدله وهذا بخلاف ما لو لم يقبض حيث توجه احتمال
عدم مطالبة المديون لاعترافه ببراءته ثم اما هنا وان كان قد برئ بالحوالة بزعمه الا انه منه
اشتغلت ذمته ثانيا ولو كان المقبوض تالفا فان كان بتفريط فعليه بدله للمحيل ويرجع عليه كما
وان كان بغير تفريط ففي ضمانه وجهان احدهما عدم الضمان لانه امانة وكيل بزعم المحيل فلا
يضمن المال لانه لم يفرط او محتال فهو ماله والثاني الضمان لانه وان كان وكيلا ظاهرا الا انه قبض
المال لنفسه والوكيل يضمن بذلك لانه خيانة وعلى الاول ليس مطالبة المحيل بحقه وان كان المحيل
بزعم بقاءه لاعتراف المحتال باستيفاء حقه بزعمه قوله ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال
بانكر في المديون بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة فقصدت الحوالة وقال المحتال بل وكلتني تقدم

هنافود

صدق المدعي للوكالة وهو المحتال بيمينه لان الاصل بقاء الحقين السابقين والمحيل يدعي خلافهما وانتقالهما
مكان وتوجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا صحيحا بما مر في الوجهان لرجوع الامر الى دعوى خلاف الظاهر في
ملاذ في الحقيقة بقوله هنا ان قدمنا قول المحتال وحلف وانه لم يكن قبض المال فليس له قبضه لانه ان كان المحيل
الوكالة يقتضي عزله الوكالة وكيلا او لمطالبة المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه وجهان من اعترافه
بتحوله ما كان عليه الى المحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلا فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم
المحيل باخذ المال منه وما على المحال عليه حقه فللمحيل ان ياخذه عوضا عما ظلم به وان كان قبض المال فقد برئت
ذمة المحال عليه على التقديرين ثم ان كان المقبوض باقيا ففي جواز تملكه له او وجوب رده على المحيل وجهان
ماخذهما انه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه واعترافه انه ملك المحيل وانه الحق بجهة الاداء والاول الاصح
وان كان تالفا فان كان بتفريط ضمنه للمحيل وطالبه بحقه وقد يمكن التقاص وان لم يكن بتفريط ففي ضمانه
وجهان ماخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا ويده يد امانة وانه لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه
في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان لان يمينه انما كانت على نفي ما يدعيه المحيل لا على اثبات ما يدعيه [عنه]
وان قدمنا قول مدعي الحوالة فحلف برئ من دين المحتال وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة
او بالوكالة وتملك ما ياخذه اما قصاصا على زعمه او لانه عين حقه كما اقتضاه الظاهر واعلم ان هذا البحث
كله اذا لم ينضم الى لفظ الحوالة ما لا يحتمل الوكالة كما لو قال احلتك بالمائة التي لك علي بالمائة التي لي على زيد
فان هذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها قطعا لامتناع ارادة المجاز او الفرد المرجوع
ولو لم يتفقا على صدور لفظ الحوالة بل قال احلتك فقال بل وكلتني او بالعكس فالقول قول منكر الحوا[لة]
قطعا لاصالة عدمهما من غير معارض قوله اذا كان له دين على اثنين وكل منهما كفيل لصاحبه وعليه
لآخر مثل فاحاله عليهما صح وان حصل الرفق في المطالبة لا بد قبل تحقيق الحكم في هذه المسألة من تقريب
مقدمة يبنى عليها وهي ان الضمان ناقل للمال من ذمة المضمون الى ذمة الضامن لا ضام للذمة
الى ذمة وعند الفقهاء جعلوه بمعنى الضم كما قد سمعت غير مرة وح فنقول اذا كان لشخص على اثنين مائتين و
لنفرضه كما فرضه الشيخ رحمه الله الفا على كل واحد خمسمائة فاذا كفل كل واحد منهما صاحبه اي ضمن ما عليه
فلا يخلو اما ان يقترنا او يتلاحقا وعلى التقديرين اما ان يجيز المضمون له الضمانين او احدهما او لا
يجيزهما ثم اما ان نقول بكون الضمان ناقلا او ضاما فان اجاز الضمانين وكانا متلاحقين اجتمع
الجميع في ذمة الاخير وان كانا مقترنين انتقل ما في ذمة كل واحد منهما الى ذمة الاخر وبقي الامر كما لو لم
يجزهما في استحقاقه في ذمة كل واحد خمسمائة ولو اجاز احدهما خاصة صار الجميع في ذمة من اجاز
ضمانه النصف بالاصالة والاخر بالضمان على مذهب فقهائنا ولو اجاز ضمانهما صار مخيرا في مطالبة كل
واحد منهما بالالف ثم اجاز لصاحب الحق عليهما ثالثا بالالف وقد ضمنهما او اجاز ضمانهما فعند ... اخذ

من كل واحد ضمانا لعدم تأثير منهما الضمان من هذه الحيثية واما من جعله ضامنا فاختلفوا هنا فبعضهم
منع من هذه الحوالة لانه لا يمكن له المطالبة واحد منهما فلا يستفيد بالحوالة زيادة كما لا يفيد زيادة قدر وصفة
وبعضهم جوز ذلك للاصل ولعدم اعتبار هذا الارتفاق في المنع كالحوالة على من اعلى منه واحسن وفاء
اذا اتفق ذلك قال الشيخ رحمه الله ذكر هذه المسألة في المبسوط وحكم فيها بعدم الصحة معللا بما ذكرناه من زيادة
الارتفاق وهذا لا يتم الا على القول بان الضمان بمعنى الضم كما قد بيناه اذ على تقدير النقل لم يتحقق زيادة
ارتفاق بل ينفي الحكم كما كان ومع ذلك فهو موضع نظر لان هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية والمعروف من مذهبنا
هو النقل فالبحث كله ساقط والمص رحمه الله وافق الشيخ على تصوير المسألة الذي لا يتم الا على القول بالضم
وهو لا يقول به وخالفه في الحكم وحكم بالصحة بناء على ان الفرق الواحد المذكور غير مانع بقوله ولو حصل
الرفق في المطالبة والظاهر انه لم يذكر المسألة الا على وجه التفريع والتنبيه على رد حكم ما به الشيخ لا يتم وان
بني على ذلك الاصل نظرا الى زيادة الرفق لا يمنع كما لو احال على من هو اكثر ملاءة واما ذكر الشيخ لها فمتفرع
بذهابه الى كونه بمعنى الضم اذ لا يتم الا عليه والمص رحمه الله قد صرح في المسألة بالخلاف فيما سبق في
موضعين احدهما قوله على قول مشهور لنا والاخر قوله على القول بانتقال المال كما نبهنا عليه في الموضعين
ويمكن ان يكون الشيخ رحمه الله فرع مذهب المخالفين وان لم يشر اليه فقد اتفق له ذلك في المبسوط في مواضع
قوله اذا احال المشتري البائع بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة لانها تتبع المبيع وفيه تردد
منشأ التردد من ان الحوالة تابعة للبيع فاذا بطل البيع بطلت لاستحالة وجود التابع من حيث هو تابع
بدون متبوعه وهو مذهب الشيخ رحمه الله ومن ان الحوالة ناقلة للمال الى ذمة المحال عليه في حالة كون
المحال مستحقا للدين في ذمة المشتري فلا يزيله الفسخ المتعقب لانه ابطل العقد من حينه لا من اصله و
تردد العلامة في ذلك كالمص وربما بني الوجهان على ان الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل نظرا الى
عدم اشتراط القبض فيها ولو كان المعقود من الاثمان وتحقق براءة ذمة الامر بمجردها الا انها لو كانت
اعتياضا كانت بيع دين بمثله او اعتياض انفاقا الا انه لم يقبض بنفس حقه بل اخذ بدله عوضا عنه وهو
معنى الاعتياض فعلى الاول تبطل لانها نوع ارفاق واذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو
اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وعلى الثاني لا تبطل كما لو اعتاض البائع
عن الثمن ثوبا ثم فسخ فانه يرجع بالثمن لا في الثوب ولا فرق في ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع
وقبله ولا بين ان يتفق الرد بعد قبض المحتال مال الحوالة وقبله ولا بين الفسخ بالخيار والعيب وغيره من
انواع الخيار بعد الاقالة والفسخ بالتحالف ونحوها اما ما لا يبطل البيع من اصله ولكن المص والجماعة مثلوا
بالعيب تبعا لمن فرض المسألة وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع واللاحق على وجه يجوز الفسخ كما
قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان قوله فان لم يكن البائع قبض المال فهو باق في ذمة المحال

على المشتري

على المشتري وان كان قبضه برئ المحال عليه ويستعيده المشتري من البائع هذا انفرع على القول ببطلان
الحوالة وتحريره ان البائع المحتال ان لم يكن قد قبض المال لم يكن له قبضه لبطلان الحوالة فيبقى في ذمة المحال
عليه للمشتري كما كان فلو خالف البائع وقبض بعد ذلك لم يقع عليه لبطلان حقه وهل يقع للمشتري وجهان
منشأهما ان بطلان الحوالة مقتضيها الاذن في القبض لانه كان من لوازمها فيتحصل بتخلفه عن ملزومه وان
الاذن الضمني لا يبطل ببطلان ما كان في ضمنه كما سبق في اثناء الشركة والوكالة والاول الاقوى
لان الحوالة تنقل الحق الى المحتال فاذا اصاب القبض لم يملك قبضه لنفسه بالاستحقاق لا بالتخيير بالاذن بخلاف
الوكالة والشركة فان القبض فيهما للمالك فاذا بطل خصوص الاذن جاز ان يبقى عمومه مع ان في بقاء
الاذن الضمني فيهما ايضا نظر لامتناع بقاء المعنى الضمني بعد ارتفاع المطابقي وسيأتي في اثناء التتمة تحقيقه وان
كان قد قبض المال عليه تعين للمشتري لقبضه المشتري لقبضه باذنه فلا يقصر عن الوكيل فليس له رده
على المحال عليه فلو رده عليه فللمشتري مطالبته ثم ان كان موجودا فظاهر وان كان تالفا فمن يده لم
وان تلف بغير تفريط لانه قبضه عن الثمن فيكون مضمونا عليه ولو قلنا بعدم بطلان الحوالة وكان
قد قبض برئ المحال عليه ورجع المشتري على البائع ولا يتعين حقه فيما قبضه وان لم يكن البائع قد قبض
فله القبض وللمشتري الرجوع عليه قبل القبض لان الحوالة كالمقبوضة ومن ثم القبض يسقط حق حبس
المبيع لو احاله المشتري على البائع بالثمن ويحتمل عدم جواز رجوعه عليه الى ان يقبض لعدم وجود حقيقة
القبض وان وجد ما هو بمعناه في بعض الاحكام قوله اما لو احال الاجنبيا بالثمن على المشتري ثم فسخ
المشتري بالعيب او بامر حادث لم تبطل الحوالة لانها تعلقت بغير المتبايعين اشار بالتعليل الى الفرق بين
حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الاجنبي على المشتري فان الحق في الاول كان مختصا بالمتبايعين
بسبب المبيع فاذا بطل السبب بطلت التوابع بخلاف حوالة الاجنبي فانها لا تبطل وان حكم بالبطلان ثم لتعلق
الحوالة بغير المتعاقدين حيث ان الثمن صار مملوكا للمحتال الاجنبي قبل فسخ العقد ونقل الشيخ هنا الاجماع
على عدم البطلان ولا فرق بين ان يكون المحتال قد قبض او عدمه لان الناقل للملك هو الحوالة لا القبض
ويحتمل ضعيفا البطلان هنا ايضا لان استحقاق المحتال فرع استحقاق المحيل فاذا بطل حق المحيل بطل حق
تابعه وجوابه منع انه تابعة حين الحوالة لا بعد ذلك لانفرادها بالملك حين وقعت بغير معاوض
قوله ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضعين اي في موضع احالة المشتري للبائع واحالة البائع
الاجنبي على المشتري ووجهه ان الصحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين فاذا تبين بطلان
البيع من اصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري وفي الحقيقة الحوالة
وقعت في نفسها باطلة لا انها بطلت بظهور بطلان البيع وانما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من راس
ح فان كانا للبائع او المحتال لم يقبض فليس له القبض وان كان قد قبض رجع المشتري عليه وكان الرجوع

على البائع لو كان القبض بحوالة لانه فكذا وفاد للمحتال عما في ذمته فقبضه منسوب اليه وليس للمشتري الرجوع على
المحتال عليه بعد القبض لصدوره باذنه (قوله القسم الثاني في الكفالة) قوله ويعتبر رضاء الكفيل والمكفول له لا رضاء
المكفول لما كانت الكفالة من جملة العقود اللازمة فلا بد من وقوعها بين اثنين ولو حكما ورضاهما
بذلك ومدار الكفالة على ثلثة كفيل وهو هنا بمعنى الفاعل وان كان يصلح للمفعول ايضا لكنهم اصطلحوا
على وضعه للفاعل وتخصيص المكفول باسم المفعول ومكفول له وهو صاحب الحق ولو بالدعوى ومكفول
وهو من عليه الحق والدعوى فلا بد من رضى اثنين منهم ليتم العقد والكفيل والمكفول له يتعين رضاهما
اما الاول فواضح لان الانسان لا يصح ان يلزم الحق الا برضاه واما الثاني فلانه صاحب الحق نفسه فلا
يجوز الزامه شيئا بغير رضاه فبهما يتم العقد واما المكفول فلا يعتبر رضاه لوجوب الحضور عليه متى طلبه
صاحب الحق بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره باحضاره وغاية الكفالة هي حضور المكفول
حيث يطلب وهذا هو المشهور بين علمائنا وغيرهم وللشيخ رحمه الله قول باشتراط رضاه لانه اذا لم
يأذن فيها او يرضى لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا يصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور
عليه وهنا بخلاف الضمان لامكان وفاء دينه من مال الغير بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور
تبعه ابن ادريس وجماعة في التحرير وهو ضعيف لان مداره على عدم وجوب الحضور مع عدم رضاه وهو
ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا وفائدة الكفالة راجعة
الى الزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله وان لم يطلبه
منه لا يجب عليه الحضور معه وان كان برضاه اذا تحقق ذلك فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حد
رضاء الاخرين لان رضاهما لا بد معه من اقترانه بالايجاب والقبول الصادرين على وجههما اما المكفول له
فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق متقدما او متاخرا او مقارنا كما في رضاء المضمون قوله ويصح حالة وموجلة
على الاظهر هذا هو الاصح للاصل ولان الحضور حق شرعي فلا يمنع الحلول واشترط الشيخ رحمه الله وجماعة
فيها الاجل كالضمان وهو ضعيف قوله واذا اشترط الاجل فلا بد ان يكون معلوما قوله هذا موضع وفاق
ولان الاجل المجهول يوجب الغرر اذ ليس له وقت يستحق مطالبته فيه كغيره من الاجال ونبه بذلك
على خلاف بعض العامة حيث اكتفى فيها بالاجل المجهول لاشتمالها على التبرع فيسامح فيها كالعارية
وفساده ظاهر لان العارية ترغب لانه ملا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار في الاجل وان
كان معلوما قوله فان سلمه تسليما تاما فقد برئ وان امتنع كان له حبسه حتى يحضره او يؤدي ما عليه
المراد بالتسليم التام ان يكون في الوقت والمكان المعينين ان عيناهما في العقد او في بلد العقد مع الاطلاق
ولا يكون للمكفول مانع من تسليمه بان لا يكون في يد ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبسه ولا في
موضع لا يتمكن من وضع يده عليه لقوة المكفول وضعف المكفول له ونحو ذلك فاذا سلمه كذلك

نفذ برئ

فقد يكون من عمده ثم فان لم يحضره وامكن تسليمه الى الحاكم سلمه وبرئ لانه برئ مما يجب ولو لم يمكن اشهد عدلين باحضا
الى المكفول له وامتناعه من قبضه والاقوى الاكتفاء بالاشهاد وان قدر على الحاكم لان مع وجود صاحب الحق
لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره هذا ما يتعلق بالكفيل اذا بذله اما اذا امتنع من التسليم الزمه
الحاكم به فان امتنع حبسه حتى يحضره وله عقوبته عليه كما في كل ممتنع من اداء الحق فان سلمه بعد ذلك فلا
كلام وان لم يحضره وبذل ما عليه فظاهر المصنف الاكتفاء به في براءته وعليه الشيخ وجماعة لحصول الغرض من الكفالة
وهذا على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالقصاص وزوجته المرادة
للدعوى بعقد نكاح يوجب حدا او تعزيرا فلا بد من الزامه باحضاره مع الامكان ان لم يكن له بدل اما ما
له بدل كالدية في القتل وان كان عمدا ومهر مثل الزوجة حتى وجب عليه البدل وذهب جماعة من الاصحاب منهم
العلامة الى الاجتزاء باحضاره مطلقا لعدم انحصار الاغراض في اداء الحق فقد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء او
بالاداء من الغريم لا من غيره خصوصا فيما له بدل فانه بدل اضطراري لا عين الحق الذي يتعلق الغرض غالبا
بعينه وهذا هو الاقوى اذا تقرر ذلك فان دفع المكفول له المال واداه الكفيل فان كان قد كفل باذن
الغريم او ادى باذنه وان كان كفل بغير اذنه فلا رجوع وان انتفى الاذنان فان امكنه احضاره فلم يحضره لم
يرجع عليه وكذا ان كفل باذنه وادى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته لان الكفالة لم تتناول المال اختيارا
فيكون كالمتبرع وان تعذر عليه احضاره رجع عليه مع اذنه في الكفالة وفي رجوعه مع عدمها ما قطع و
ظاهرهم انه يرجع عليه ايضا والفرق بين الكفالة والضمان في الرجوع من ادى بالاذن هنا وان كفل
بغير الاذن بخلاف الضمان ان الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي
فاذا اداه باذن من عليه له الرجوع بخلاف الضامن لانتقال المال الى ذمته بمجرد الضمان فلا ينفعه
بعد ذلك الاذن في الاداء الا انه كان كالاجنبي في المديون في اداء دينه واما اذا اذن له في الكفالة ولم
ياذن له في الاداء مع تعذر الاحضار فان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن في الكفالة اذن في لوازمها
قوله ولو قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزمه الا احضاره دون المال ولو قال علي كذا الى كذا ان لم
احضره وجب عليه ما شرط من المال هذه المسألة ذكرها الشيخ رحمه الله في النهاية وتبعه عليها المصنف
وجماعة من الاصحاب ومستندهم في ذلك رواية داود بن الحصين عن ابي العباس عن الصادق ع قال سألته
عن الرجل يكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما قال ان جاء به الى اجل فليس عليه
مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل
الذي اجله وفي رواية اخرى في طريقها ابان بن عثمان عن ابي العباس قال قلت لابي عبد الله ع رجل كفل
لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم فقال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم
فان قال علي خمسمائة درهم وان لم ادفعه اليه فقال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه وانما ذكرنا [illegible]

لم يترتب على الكلام في حكم المسألتين والفرق بينهما انه وقت ضمانان فوق المص في الثانية لو ضمن المال لم يبق

بل يجب تقييده بما قيده في الاولى بتقييد ان لم يحضره ونحوه لكن الشيخ رحمه الله مع ذكره للتين في التهذيب

ذكر المسألتين كما ذكره المص لو ضمن المال في الثانية من غير قيد وتبعه المص هنا والعلامة في القواعد

والارشاد وقد نبه المص لذلك في النافع فقال كان ضامنا للمال ان لم يحضره في الاجل وكذلك العلامة

في التحرير والتذكرة فهذا ما يتعلق بحكم المسألة والتفصي في تأديتهما ثم يبقى الاشكال في الفرق بين

المسألتين بمجرد تقديم الجزاء على الشرط وتأخيره فان ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم لان الشرط وان

تأخر فهو في حكم المتقدم الا ان الجماعة جدوا على النص ومع ذلك لم يوفوا بقيوده كما عرفت ويبقى الكلام

في المستند فان في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالهما فالاسناد ايضا في هذا الحكم المخالف

للقواعد الشرعية والعربية لا يخلو من اشكال ثم ان جماعة من الاصحاب لهم في الاعتذار عن ذلك وجوه

منها الجمود على النص من غير تعب على تعليل ولا التفات الى مخالف وهو طريقة الشيخ ومتابعيه ومع

ذلك لا يتجاوزون من عدم صحة المستند كما قد علم ذلك من طريقة الشيخ رحمه الله سيما في

النهاية التي قد ذكر فيها هذه المسألة فانه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع ضعف كثير منها ان لا

مانع هذه الطريقة من الخلو خصوصا في مثل هذا الحكم المخالف للاصول مع ضعف المستند ومنها

ان الحكم في المسألتين اجماعي ومع ذلك منصوص فلا يمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين

وهذا ذكره ابن فهد في المهذب تبعا للمحقق الشيخ علي في الشرح وفيه نظر لمنع الاجماع في موضع النزاع

فان المعتبر من الاصحاب من يعتبر قوله ويوجد له الكلام هم في المسألة جماعة يسيرة والباقون لا يعرف حكمهم فيها

ومع ذلك فقد ذكرها العلامة في المخ وحكى فيها كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال وعندي في هذه المسألة

نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما يخالف ما ذكره الشيخ والجماعة وقال ان الكلام ابن الجنيد انسب وقد عرفت

ان المص وحده فيها قولين هنا وفي النافع والعلامة وحده فيها اربعة مذاهب كما سنبينه فدعوى

الاجماع بمثل ذلك عجيب ومنها ما اوّل به ابن ادريس فقال انه ضمان النفس حيث بدأ بضمانها والحكم

ضمان المال حيث بدأ بضمانه وهو فرق بنفس الدعوى لا يحصل له فائدة قال المص رحمه الله في نكت

النهاية في رده ان الشرط متقدم على المشروط طبعا فلا عبرة بتأخره وضعا ومنها ما ذكره الشيخ علي رحمه الله

من ان السر في الفرق ان صدر المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فيمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان

الضمان المعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا لمنافاة الضمان صحت الكفالة وهذا السر الذي ادعاه

ناش من ظاهر كلام القواعد وما اشبهها كعبارة المص في الكتاب حيث اطلقوا لزوم المال في المسألة الثانية

وقد عرفت انه في الرواية مشروط بعدم احضاره فتكون الكفالة فيها صحيحة وان تأخرت عن ذكر المال

هذا مع ان تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطا بعدم احضاره فكيف يقال ببراءة ذمة المضمون عنه

بمنع

مقدم كفالته ومنها هذا الى رجوع الى فرق ابن ادريس الذي لم يجد نفعا ومع تقديم الكفالة فقد ذكر في الرواية انه ان
ظاهر في الاصل فليس عليه مال لمفهوم الشرط انه ان لم يحضره لزمه المال فقد بمفهوم على خلاف ما ذكره
الجماعة بناه من الفرق الا ان لا يقولوا بمفهوم الشرط وايضا فان المسألة اعم من الكفول على مال ومن غيره
من قتل به وحينئذ يعين ما لا يقبل الضمان وعلى تقدير المال فما جعل الضامن عليه من كفالة لا وفي خمس
ماية في الثانية مطلقا في كلام الجماعة اعم من كونه مساويا للحق الذي على المكفول وزائدا وناقصا ومما
يخفى
ثلاثة في الجنس ومخالفا للضمان الذي ادعوه في بيان الفرق لا يتم الا في قليل من هذه الاقسام كما لا
وانه ليس في العبارة التي ذكروها في المسألتين لفظ يدل على كفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيهما
ضمان متعلق على شرط تقدم او تاخر واما الكفالة فهي مجعولة شرطا او مجرد ذلك لا يكفي في عقدة الكفالة
الوكالة ولو قيل انه الحق قبل ذلك بلفظ يدل عليها فتقديره متاخر ذلك خارج عن مدلول المسألتين في مبطل
للسر الذي ادعوه في الفرق بينهما واما لفظ الرواية فيمكن ان يستفاد منه كونه كفل كفالة صحيحة قبل ذكر
الشرط وجزائه كما يستفاد من قوله يكفل بنفس الرجل الحاجل فان لم ياتي به الى اجله فانه جعل الشرط متعقبا
للكفالة وضمنا فلا بد من تحقق كفالة على ما ذكروه في المسألتين وهذا تقصير آخر في عبارة الجماعة ثم يقال
في دعوى الاجماع على هذا الحكم مع تعليله بالسر المذكور ان الاجماع ان كان على الحكم الذي اظهره من جملته
لزوم المال خاصة في الثانية فقد عرفت ان القائل به قد خالف نفسه وانه ثبت في غير كتاب حكما مخالفا
لهذا الحكم وهو ان اللازم هو الكفالة وان المال لا يقضى الا اذا لم يحضره وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة
كما تقدم على بعض الوجوه لا دليل على صحة الضمان فكيف يتحقق الاجماع على مسألة قد خالف فيها مثل
العلامة والمحقق وابن الجنيد والشهيد ايضا فانه قد لزوم المال بعدم احضاره في اللمعة ويعوض
ما حققه على المسألة وان كان الاجماع وقع على الحكم مع القيد بطل السر المذكور ومع ذلك يصير ما
من العبارات مخالف الحكم وهو قول آخر في المسألة ومنها ما نقله فخر الدين عن والده انه حمل
الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم احضره فعلي عشرة
دنانير مثلا فهنا لا يلزم المال اجماعا لانه التزم بما ليس عليه اما الثانية فانه التزم بما عليه وهو
الدينار مثلا فكانه قال على الدينار الذي علي ان احضره ولا يخفى بعد هذا الحمل لاطلاق المال في هو
الصورتين المتقاربتين بل نقول مقتضى القواعد العربية ان المالين في الصورتين واحد لانه قال
في الرواية فعليه كذا وكذا درهما ثم قال الا ان يبدأ بالدراهم فاتى بها معرفة ومن القواعد المقررة
ان اللفظ اذا كرر وكان الثاني معرفا يكون هو الاول حملا للام على العهدية سواء كان الاول منكرا
كقوله تعالى فارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ام معرفا كقوله ان مع العسر يسرا ان
مع العسر يسرا ومن هنا قيل لن يغلب عسر يسرين واذا كان الرواية الثانية فالمال فيهما في الصورتين متحدا

لقدر وهو خمسمائة فلا يصح هذا الحمل على الروايتين ومع ذلك فيرد على المجيب السابق في دعواه الاجماع على ان
المراد هو المال المطلق وهو الحال ان هذا قول آخر في المسئلة غير ما سبق وقد صار للعلامة وحده في هذه المسئلة
اربعة اقوال هذا احدها والثاني قوله في القواعد بلزوم المال في الثانية مطلقا والثالث في التحرير
والتذكرة بلزوم المال ان لم يحضره والرابع في المختلف بمذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره الى
تطويل فاعرضنا عنه هنا ومنها ما ذكره المقداد رحمه الله قال انه حسن لم يذكره احد من الاصحاب
وملخصه ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزام المال ان لم يات به وذلك
يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال لازم للكفالة لما تقدم من ان مقتضاها
لزوم المال للكفيل ان لم يات به واما الثانية فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متاخر فهي
اما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط او ان الضمان تم بقوله على كذا والشرط بعده مناف فلا يلتفت
اليه لانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفى ما في هذا الفرق من الفساد خصوصا الكلام في الثانية وتحريره
ان المال المذكور في الشرط اعم من كونه هو المقصود من الكفالة وغيره كما سبق تقريره فكونه قد ذكر لازم
الكفالة مطلقا ممنوع واما الحكم بصحة الضمان والغاء الشرط مع اتصاله به وكون الكلام جملة واحدة لا
الا بالاخرة فعجيب وقياسه على الاقرار اعجب فان صيغ العقود كلها اذا علقت على الشروط المفسدة يحكم
بفسادها وان تاخر الشرط اجماعا والاقرار خارج من البين من جهة انه اخبار لا انشاء والاجماع عليه
اذا تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه ظاهر الروايتين ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين
وتعقيبها بما ذكر من الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى القسمين فان التكفل
اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظ يوجبه وقوله بعده فان لم يات به فعليه كذا او كذا
اما ان يحمل على كون المكفول عنه هو الحق المكفول لاجله عملا بقرينة مقتضيات الكفالة وح فلا اشكال
في الاولى لانه يصير كفيلا ابدا وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ثم ان علمنا بمفهوم الشرط فهو ضامن
للمال ان لم يات به الى الاجل لان مفهومه ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال لانه اذا لم يجئ به اليه فعليه
المال وح فلا فرق بين الصيغتين لانه حكم في الثانية بهذا الحكم ايضا لانه قال ان بدا بالدراهم فهو لها
ضامن ان لم يات به الى الاجل ويكون الاستثناء منقطعا اذ لم يحصل به اخراج لاتحاد الحكم في المسئلتين
فكانه بين ان الحكم هكذا ان قدم الدراهم او اخرها وانما بقي قوله في الرواية الثانية عليه نفسه ولا شيء
عليه من الدراهم ناظر الى نفس حكم الكفالة لا الى ما يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار وان لم
نعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين المقامين بما تقدم واما ان يحمل المال الملتزم على ما هو اعم
من الحق فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه المال المذكور ان لم يات به في الموضعين باعمال مفهوم الشرط
الاولى والتصريح في الثانية ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والحد

ثم على تقدير المال مجانا للمكفول لاصل ينبغي الحكم باحتسابه منه نظرا الى اقتضاء الكفالة ذلك ولو كان عجز الكفيل عن
رده اليه بالقيامة ايضا وان لم يكن الكفالة لاجل فهو التزام وتبرع محض واطلاق فتوى الرواية يقتضي صحته على
ما قررنا لكن الفتوى الرواية للاصول ليست كثيرة عند اطلاقها ولو خصصناه هنا بالمال المفضي حصل المقصود
وان بقي في عبارة الى وثم قصور في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسألتين مع قدر دده بينهما الا انه اسهل
مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها لا يخلو
من بعد لقصور الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف لو اطّرحنا
امثال هذه الروايات التي هي من سواد الاحاد وبالله التوفيق قوله ومن اطلق غريما من يد صاحب الحق
قهرا ضمن احضاره او ادى ما عليه لانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او
اداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه وينبغي ان يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم
المكفول فيطالب بالتسليم مع الامكان لا ان يفوض التخيير اليه وحيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم
اذا لم يامره بدفعه اذ لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع قوله ولو كان قاتلا لزمه احضاره او دفع
الدية لا فرق في ذلك بين كون القتل عمدا او غيره اذ القصاص لا يجب الا على المباشر فاذا تعذر استيفاؤه
وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا او مات ثم ان استمر القاتل هاربا ذهب المال على المخلّص وان تمكن الولي
منه وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص من القاتل لانها انما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت
وعدم القتل الان مستند الى اختيار المستحق ولو كان تخليص الغاصب من يد كفيل وتعذر استيفاء الحق
من قصاص او مال واخذ المال او الدية من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلّصه بغرم ما ذكر في تخليص
من يد المستحق قوله ولا بد من كون المكفول معينا فلو قال كفلت احد هذين لم يصح وكذا لو قال
كفلت بزيد فان لم آت به فبعمرو هذه الثلاثة تشترك في ابهام المكفول فيبطل الكفالة لانه لا يعلم المكفول
عينه ليستحق المطالبة باحضاره ويزيد الثالث ان كفالة عمرو معلقة على شرط وهو عدم الاتيان بزيد في
بطل من هذا الوجه ايضا وكفالة زيد ليست متعينة لان الكفيل جعل لنفسه فيه التخيير باحضار عمرو ان
اختار فرجع الى الابهام كالسابق وهذا مما لا خلاف فيه قوله اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب تسليمه
اذا كان لا ضرر عليه ولو قيل لا يجب عليه كان اشبه القول بوجوب تسليمه قبل الاجل للشيخ بشرط انتفاء
الضرر والاقوى ما اختاره المصنف من عدم الوجوب لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب بعد فلا يعتد به
ومثله ما لو سلمه في غير المكان المشروط او الذي يحمل الاطلاق عليه وان انتفى الضرر او كان سهل المأخذ
قوله ولو سلمه وكان ممنوعا من تسليمه بيد قاهرة لم يبرأ الكفيل المعتبر في التسليم التام الذي لا مانع فيه
بوجه كما لا يعتد بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الغرض بقاهر وغيره وهو واضح قوله ولو كان محبوسا
في حبس الحاكم [illegible] تسليمه لانه متمكن من استيفاء حقه وليس كذلك لو كان في حبس الظالم الفرق بين الحبسين

وامتنع فان الحاكم لا يمنعه من احضاره ومطالبته بمجرد خلاف الظالم فقد يرجون منه امتنع ولا بد من تقييده بكونه
ممنوعا منه فلو كان المكفول منه لم قادرا على تسليمه تاما في حبس الظالم بواسطة صحبته للظالم او قوته ونحو
ذلك فهو كما لو لم يكن محبوسا وانما اطلق المص والجماعة ذلك بناء على الغالب من تعذر تسليمه تاما كذلك
وحيث يكون في حبس الحاكم وطلب الحاكم باحضاره احضره مجلسه وحكم بينهما فاذا فرغت الحكومة رده الى الحبس
بالحبس الاول ولو توجه عليه حق للمكفول له لم يوجب الحبس حبسه لهما او توقف فكره على تخلصه منهما
قوله اذا كان المكفول غايبا او كانت الكفالة حالا انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب اليه والعود به و
كذا ان كانت مؤجلة اخر بعد حلولها مقدار ذلك محل الانظار ذلك المقدار بعد مطالبة المكفول
له باحضاره لا بمجرد الحلول والمراد من الغايب هنا من يعرف موضعه ولم ينقطع خبره ولو لم يعرف لا
لانقطاع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر في الاصل
ولا فرق في الغايب المعلوم محله بين المتجاوزة لمسافة القصر وغيره خلافا لبعض العامة قوله اذا
تكفل بتسليمه مطلقا انصرف الى بلد العقد وان عين موضعا الى قوله وفيه تردد اطلق المص وجماعة انصراف
اطلاق الكفالة الى بلد العقد لانه المفهوم عند الاطلاق وهذا التعليل يتم لو كان محل العقد بلد
المكفول له او بلد قرار لا بنافي الارادة فلو كان برية او بلد غربة قصدهما مفارقته سريعا بحيث
تدل القراين على عدم ارادته اشكل انصراف الاطلاق اليه وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم الا انهم لم
ينقلوا هنا خلافا وعلى كل حال فتعيين محل وجب تعيينه او يطلق ويحصر في غير بلده بينه هو والشارع
لا يجب تسلمه وان انتفى الضرر عملا بالشرط والمخالف الشيخ رحمه الله كما مر في الرهان قوله لو اتفقا على
الكفالة وقال الكفيل لا حق لك عليه كان القول قول المكفول له لان الكفالة تستدعي ثبوت حق لكا
الكفيل الحق على المكفول اما ان يريد به نفيه ابتداء بحيث لم يكن صحت الكفالة او يريد به نفيه الان بان
يكون قد اوفاه او براه المستحق فان كان الاول وهو المراد هنا الذي فالدعوى راجعة الى صحة الكفالة
وفسادها فان شرط صحتها ثبوت حق للمكفول له عند المكفول له والكفيل يدعي فسادها فلا يلتفت
الى حقه لان القاعدة تقديم مدعي الصحة لكن مع يمينه لا يكفي في صحتها مجرد الدعوى وان لم يكن
الحق ثابتا وانكار الكفيل الحق لا يدفع الدعوى فلا يقتضي بطلان الكفالة لا نا نفرق لانكار لنفس
الدين مع اعترافه بالدعوى لا يوثر في سقوط حق الاحضار ولعل قد يجي ما الدعوى كاف في وجوبه
والغرض من المسئلة انكاره حقا يجوز الكفالة فيكفي فيه اصل الامر بالدعوى وما تضمنه والحق
المنفي في العبارة نكرة يفيد عموم الحق فيشمل الدعوى وعلى هذا فاذا حلف المكفول له وتعذر على
الكفيل احضار الغريم فهل يجب عليه اداء المال من غير بينة احتمال والاقوى عدم الوجوب لان
الكفالة انما تستدعي ثبوت الحق لا المال نعم لو اقام المدعي البينة بالحق والزم الكفيل لم يرجع

به على الكفيل

بِ على المكفول لا عتق لو قرّب اشتراه ذمته ولانه مطلوم وان كان المراد الثاني وهو نفي الحق عن المكفول له الان
وان مرجع قوله الى سقوط الكفالة التعين وان كان قد لزمت ابتداء فالقول قول المكفول له لانه لا صالة
بقاء الحق وسيأتي في بيان بقية حكم قوله اذا تكفل رجلان برجل فسلمه احدهما لم يبرأ الاخر ولو قيل بالبراءة
كان حسنا ما حسنه المص لان المقصود تسليمه وقد حصل حتى لو سلم نفسه او سلمه اجنبي برئ الكفيل لحصول
الغرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى ويشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه لا يكفي الاطلاق في التسليم
عن نفسه وجهان تاتي مثلها فيما لو سلم نفسه او سلمه اجنبي ومثله تاتي في وجوب قبول المكفول له
تسلمه ان لم يسلم اذ لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه لو بدل وممن حصول الغرض وهو التسليم وقطع هم
الاطلاق المص جماعة الاجزاء مطلقا وهو متجه والقول بعدم البراءة للشيخ رحمه الله محتجا باشتغال الحقين
والاثر لا دليل عليه وهو ضعيف وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الاول قوله ولو تكفل الرجلين
برجل ثم سلمه الى احدهما لم يبرأ من الاخر الفرق بينه وبين السابق واضح فان العقد هنا مع الاثنين
بمنزلة عقدين فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى دين احدهما
فانه لا يبرأ من دين الاخر بخلاف السابق فان الغرض من كفالتهما معا احضاره وقد حصل قوله اذا مات المكفول
برئ الكفيل اما براءته بموته فلان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت ولان المتبادر من الكفالة انما
هو الاحضار في حال الحيوة فيحمل الاطلاق عليه ويمكن الفرق بين ان يكون قد قال في عقد الكفالة
كفلت لك حضور بدنه او حضور نفسه او حضوره مطلقا فيجب في الاول الاحضار ميتا ان طلبه منه والا
فلا ويبني الثاني على ان الانسان ما هو فان كان الهيكل المحسوس فكذلك والا فلا الا ان هذا يضعف
بانتفاء الفائدة في احضار الميت هذا كله اذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته والا وجب احضاره ميتا
مطلقا حيث يمكن الشهادة عليه بان لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف ولا فرق في ذلك بين كونه قد دفن
وعدمه لان ذلك مستثنى من تحريم نبشه قوله وكذا لو جاء الكفيل وسلم نفسه اي سلم نفسه للمكفول له
تسليما تاما فان الكفيل يبرأ بذلك لحصول الغرض وهو رده الى المكفول له ولا فرق بين وصوله الى
يده بالكفيل وغيره وقيده في التذكرة بما اذا سلم نفسه عن جهة الكفيل فلو لم يسلم نفسه عن جهته
لم يبرأ الا انه سلمه اليه لا اصلا من جهة واطلق في موضع اخر منها البراءة كما هنا وهو اجود ولو سلمه
اجنبي عن الكفيل فكذلك ولو لم يكن عنه فالوجهان الاثر في التذكرة جزم هنا بالتفصيل وزاد
انه لا يجب على المكفول له قبوله الا ان يكون التسليم صادرا عن اذن الكفيل محتجا بعدم دخوله
وجوب قبض الحق الا ممن عليه لكن لو قيل ببراءة الكفيل في كل هذه الفروع نظرا الى اطلاق المص
يقتضي عدم الفرق لعله اوجه الكلام المذكور مختلف بيانه يقتضي التفريع عند الشافعية وانه
لا يرضيه الا ان عباراته وقعت مختلفة قوله ولو قال الكفيل ابرأت المكفول فانكر المكفول له كان

كان القول قوله مع يمينه فلو رد اليمين الى الكفيل حلف ثبوته ابتداء لاقتضاء دعوى الابراء ذلك مع عدم البينة
للكفيل على الابراء ثم اما ان يحلف المكفول له على بقاء الحق او يرد اليمين على الكفيل فان حلف برئ من
دعوى الكفيل وثبتت الكفالة ثم اذا جاء بالمكفول فادعى الابراء ثم ايضا لم يكتف باليمين التي حلفها
المكفول له للكفيل بل عليه يمين اخرى لان هذه الدعوى مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل
انما كانت لبراءة نفسه وان لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول فان لم يحلف ورد اليمين على الكفيل
وهو القسم الذي ذكره المصنف فحلف الكفيل برئ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال لما ذكرناه
من اختلاف الدعوى ولان الانسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره نعم اذا حلف المكفول اليمين المردودة
له برئا معا وان كان قد حلف المستحق او للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة
كالوفاء بالحق وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف هو برئا معا قوله لو كفل الكفيل آخر
وترامت الكفالات جاز لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صح كفالة
الكفيل من كفيل ثان لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهذا القول
في كفالة الكفيل للكفيل وهكذا وهو معنى الترامي ثم يختلف حكم الاحضار فيهم فان من احضر الكفيل
الاخير مكفوله برئ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو احضر الكفيل الاول
مكفوله برئ الجميع لانهم فرعه وان احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برئ هو وبرئ من بعده من
الكفالة وهكذا ولو ابرأ المكفول له الاول غريمه المكفول الاول وهو الاصيل برئ الجميع لان [illegible]
الكفالة تسقط بسقوط الحق ولو ابرأ غيره من الكفلاء سقط عنه حق الكفالة وبرئ من بعده دون
من قبله ومتى مات واحد منهم برئ من كان فرعا له فبموت من عليه الحق يبرأ الجميع وبموت
الكفيل الاول يبرأ من بعده وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون من قبله وهكذا موت
الثالث يبرئ من بعده لا الاولان وقد تقدم في الضمان والحوالة جواز الترامي والدور
فيهما اما الكفالة فلا يصح دورها وان صح ترامها لان حضور المكفول له الاول يوجب براءة من كفله
وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله قوله لا يصح كفالة المكاتب على تردد القائل في
بعدم صحة كفالة المكاتب الشيخ رحمه الله بناء على اصله المذكور من جواز الكتابة المشروطة من
قبل فلا يتعين عليه الاداء اما الكتابة فلا يصح كفالته لان الغرض منها حضوره للاداء بما عليه وقد
تقدم ما يدل على الصحة ويزيد هنا انه اما عبد او مديون وكلاهما يجوز كفالته وموجب للخصام
وقد عرفت ان الخلاف في المشروطة خاصة وان اطلق في جميع المواضع قوله ولو كفل براسه او بدنه
او بوجهه صح لانه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفا ولو تكفل بيده او برجله واقتصر لم يصح اذ لا يمكن
احضار ما شرط مجردا ولا يسري الى الجملة الاصل في الكفالة ان يتعلق بذات المكفول بان يقول

كفلت

كفلت لك فلانا او انا كفيل به او باحضاره لان الغرض الذي هو الاحضار حيث يطلبه المكفول له يأتي
حكم ذاته بنفسه وبدنه لانهما بمعنى واحد في العرف العام وان اختلفت في الحقيقة تحقيقا واما الوجه والراس
فالمراد منهما بحسب الوضع الجزء المخصوص منه الا انهما قد يطلقان عرفا على الجملة فيقال يبقى راسه ووجهه
ونحو ذلك ويراد ذاته وجملته وقد اطلق المص الحكم بصحة الكفالة حيث تعلق بهما حملا على المتعارف
والحق بهما العلامة منه الكبد والقلب وكل عضو لا تبقى الحيوة بدونه والجزء الشايع فيه كثلثه وربعه
الا انه لا يمكن احضاره المكفول له الا باحضاره كله وفي الكل نظر اما الاول فلان العضوين المذكورين وان
كان قد يطلقان على الجملة الا ان اطلاقهما على نفسهما خاصة ايضا شايع متعارف فان لم يكن اشهر
حمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البراءة من لوازم العقد
غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزء ثبت الصحة كارادة احد معنى المشترك كما انه لو قصد الجزء بعينه
لم يكن الحكم كالجملة قطعا بل كالجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه بل الكلام عند الاطلاق وعدم قرينة
تدل على احدهما فعند ذلك لا يصح تعليل الصحة بانه قد يعبر بذلك عن الجملة واما الثاني فهو لان الاجزاء
التي لا يعيش بدونها او مالا يحكم باذن احضاره وان كان غير ممكن بدونها الا ان ذلك لا يقتضي صحته
لان المطلوب من الكفالة هو المجموع او ما يطلق عليه كما في السابق على تقدير ثبوته اما اذا تعلق ببعضه
فلا دليل على صحته وان توقف احضار الجزء المكفول له على الباقي لان الكلام ليس في مجرد احضاره بل في احضاره
على وجه الكفالة الصحيحة في وجوب احضاره بما لا يتعلق به الكفالة مترتب على صحة كفالة الجزء الذي تعلقت
به وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعا بل الجملة فلا يتم التعليل ولا اثبات الاحكام الشرعية المتلقاة من
الشرع بمثل هذه المناسبات ولو جاز اطلاق هذه الاجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا لكونه غير
متعارف مع ان في المتعارف منها قد سمعت ما فيه فالقول بعدم الصحة اوضح واما الجزء الذي يعيش الحيوة بعد
زواله ولا يطلق عليه اسم الجملة كاليد والرجل فعدم الصحة فيه اشد وضوحا كما جزم به المص واستشكل فيه
في القواعد مما ذكره فيه ومن عدم امكان احضاره على حالته بدون الجملة فكان كالراس والقلب لا يبعد
القول بالصحة فيه لمن يقول بها فيما سبق وان كان الحكم فيه اضعف

كتاب

الصلح وهو عقد شرع لقطع التجاذب الاصل في عقد الصلح انه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين
المتخاصمين قال الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا
بينهما صلحا وقال الله تعالى وان طايفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما لكنه عندنا قد
صار عقدا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداء على عين بعوض معلوم كان
كالبيع في افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق النصوص بجوازه
من غير تقييد بالخصومة كقول النبي ص الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا

وقول الصادق عليه السلام الصلح جايز بين الناس والاصل في العقود الصحة للذمي بالوفاء بها فهذا من الجملة فان
قيل مقتضى قول الصادق عليه السلام كغيره انه شرع لقطع التجاذب باشتراط سبق خصومة كما يقوله بعض العامة
لان القطع للتجاذب مسبوق به قلنا لا يلزم من كون اصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من افراده
كما اشرنا اليه سابقا من ان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر في السفر فان الاصل فيه
وجود المشقة بدونه فيثبت مع عدمها في كثير من افراده خصوصا مع وجود النص المتناول لها باطلاقه
او عمومها لما لا نزاع فيه فان قيل السفر الى المسافة مظنة المشقة والقصر تابع لها بخلاف الصلح فانه
لم يعلق بما هو مظنة التجاذب بل اعم مما فيه وفيما لا تعلق له بالمنازعة اصلا قلنا الموجب لشرعية الصلح
وشرعيته امران كما قد عرفت سابقا احدهما يدل على انه موضوع لقطع التنازع من غير ان يدل على
انحصاره فيه والاخر يدل باطلاقه على جوازه مطلقا فيجوز ان يكون اصل شرعيته لقطع التنازع
مع عدم انحصاره فيه لما دل عليه باقي الادلة ثم رجع الامر الى ان الاصل فيه ذلك الحكم لكنه يتعدى
الى غيره بالدليل كما ان الاصل في القصر كان السفر والخوف معا تخفيفا على المكلف كما دلت عليه الاية ثم تعدى
الى ما لا خوف فيه ولا مشقة بل الى ما لا سفر فيه ايضا على بعض الوجوه كالمتحل والغريق ونحوهما
وكالفسخ بالعيب الذي هو نقصان في الخلقة لانه مظنة نقصان القيمة ثم تعدى الى ما لا نقصان
معه بل الى ما فيه زيادة كالخصي الى غير ذلك من الاحكام وبالجملة فالمرجع في اثبات الحكم الشرعي الى
الدليل الدال عليه لا الى الحكم التي شرع لاجلها وهو اعم من موضع النزاع قوله وليس فرعا على غيره
وان افاد فايدته نبه بذلك على خلاف الشيخ في المبسوط حيث قال انه فرع على عقود خمسة وهو مذهب
الشافعي فجعله فرع البيع اذا افاد نقل الملك بعوض معلوم وفرع الاجارة اذا وقع على منفعة مقدرة
بعوض معلوم وفرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض وفرع العارية اذا تضمن اباحة منفعة
بغير عوض وفرع الابراء اذا تضمن اسقاط دين او بعضه ونبه بقوله وان افاد فايدته على ان افادة
عقد فايدة عقد اخر لا يقتضي كونه من افراده مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه كغيره من العقود
وعلى المختار هو عقد لازم لدخوله في عمومه وعلى الاخص على قول الشيخ يلحق في حكم ما الحق به من العقود
في ذلك الفرد الذي الحق به فيه قوله ويصح مع الاقرار والانكار هذا عندنا موضع وفاق ولاطلاق
النصوص الدالة عليه ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منع مع الانكار نظرا الى انه عاوض على ما
لم يثبت له فلم يصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ونحن نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح لما
فيه من قطع التنازع والفرق بينه وبين البيع ظاهر فان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه بخلاف هذا ولان
مبنى شرعيته عندنا وعنده على قطع التنازع وهو شامل للحالين وصورة الصلح مع الاقرار ظاهرة
واما مع الانكار فبان يدعي شخص على غيره دينا او عينا فينكر المدعى عليه فيصالحه على [illegible] على

بعض المدعى به او على غيره لذلك من منفعة وغيرها والمراد صحة الصلح مع الانكار صحته بحسب الظاهر واما بحسب نفس
الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو غير محق فاذا انكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا وصولح
على قدر بعض ما عليه في الواقع او ببعض العين او بمال آخر لم يستبح المنكر ما بقي من المال المدعى عينا
او دينا حتى لو كان قد صولح عن العين بمال آخر فهي باجمعها في يده مغصوبة ولا يستثنى له منها مقدار
ما دفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلا في نفس الامر لم يستبح
ما صولح به من عين ودين وانما حكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه المحق من المبطل لان هذا اكل مال بالباطل
وانما صالح المحق المبطل دفعا للدعوى الكاذبة وقد يكون استدفع بالصلح ضررا عن نفسه او ماله ومثل هذا لا
تراض فيحرم اكل مال الغير نعم لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له
حقا على احد او شهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت له اليمين
على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق
يصح الصلح على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن رده
الا ما احل حراما او حرم حلالا هذا لفظ الحديث النبوي ومعنى تحليل الحرام بالصلح على استرقاق
حر او استباحة بضع لا سبب لاباحته غيره او ليشرب احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ
احدهما حليلته او لا ينتفع بماله ونحو ذلك والاستثناء على هذا متصل لان الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا
او باطنا وقيل يصالح المنكر على بعض المدعى او منفعة او بدل مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى
كما سبق تحريره والاستثناء عليه يكون منقطعا للحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم
بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر في
هذا المثال الصلح للامرين معا فانه محلل للحرام بالنسبة الى الكاذب ومحرم للحلال بالنسبة الى المحق وكذا يصح
مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما به دينا او عينا [illegible] الحكم مع علمهما به واضح من
حيث صحة العقد لارتفاع الجهالة المبطلة عنه كما سلف واما مع جهلهما بمقداره بحيث
يتعذر علمهما به فعندنا انه جائز ايضا وهو مروي في الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام انهما
قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه
فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا باس بذلك ولان الحاجة
تمس الى التخلص من الجهل ولا وجه الا الصلح ولو كان احدهما عالما به دون الآخر فان كان
العالم المستحق لم يصح الصلح في نفس الامر الا ان يعلم بالقدر او يكون الصلح به قدر حقه مع كونه غير
متعين ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح وقد روى ابو حمزة عن ابي الحسن ع في يهودي او
نصراني كان له عند السابق اربعة الاف درهم ومات فصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى

بجزهم نعم لو رضي صاحب الحق باطنا بالصلح بذلك القدر ولو علم بقدره صح في صحة الصلح لحصول الرضا
الباطني وقطع به في التذكرة ولو انعكس الفرض بان كان المستحق عالما بالقدر والغريم جاهلا وبرئ المتخلص
منه في صحة الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فصاعدا دون عكس الاول واعلم ان تقييد الاقسام بكون المصالح عليه
مثليا ثمانية غير لازم بل الحكم ات في مطلق الصالح وان لم يكن مما يعتبر مع علمهما بما يتصالحان عليه وطلبهما
به كما لو تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال الاخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدرهما الكل
منهما او نحو ذلك ولو علم احدهما وجب اعلام الاخر ولا يصح الصلح الا به كما قررناه ولو كان جهلهما بقدره
لتعذر المكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل المال فالاقرب جوازه وهو خيرة الدروس قوله ولازم من
الطرفين مع استكمال الشرائط هذا مبني على ما سلف من كونه اصلا بنفسه فيكون لازما لعموم الامر بالايفاء
بالعقود المقتضي لذلك الا ما اخرجه دليل خارجي ونبه على خلاف الشيخ انه فرع في بعض موارده كما اذا كان
فرع العارية والهبة على بعض الوجوه او السكنى كذلك كما انه لم يقيد بوقت وبالجملة فانه عنده يلحقه حكم ما افاد
افادة فايدته من تلك العقود قوله الا ان يتفقا على فسخه بمعنى دخول الاقالة كما يدخل في البيع فاذا اتفقا
على التقايل وانفسخا صيغته الفسخ فاطلاق [illegible] انفا يفسخانه على فسخه من غير [illegible] على ما ذكرناه لا انهما
اذا اتفقا عليه صار العقد جائزا بل في قوته حيث ان امره بيدهما كما ان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز
باتفاقهما على التقايل قوله ولو اصطلح الشريكان على ان يكون الربح والخسران على احدهما وللاخر راس ماله
صح هذا اذا كان عند انتهاء الشركة وارادة فسخها ليكون الزيادة مع من معه بمنزلة الهبة والخسران
على من هو عليه بمنزلة الابراء اما قبله فلا لمنافاته وضع الشركة شرعا والمستند صحيحة الحلبي عن الصباح عن
الصادق ع في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعين فقال احدهما لصاحبه
اعطني راس المال والربح لك وما توى عليك فقال لا باس اذا اشترطا هذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون
الشرط عند الانتهاء لا كما اطلقوا قوله ولو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الاخر احدهما
كان لمدعيهما درهم ونصف وللاخر ما بقي المراد بكونهما معهما انهما تحت يدهما الثابتة واليد الدعوى اذ لو كان
في يد مدعي الدرهمين لقدم قوله فيهما بيمينه ولو كانا في يد مدعي الدرهم الاخر لقدم قوله فيه بيمينه
واما اذا كان تحت ايديهما فانه يقضي لمدعيهما بدرهم لعدم منازعة الاخر فيه ويتساويان في
الدرهم الاخر لان كل واحد منهما صاحب يد ودعوى مجتمعة فيقسم بينهما والمستند مع ذلك رواية
عبد الله بن المغيرة عن غير واحد عن الصادق ع وقال في الدروس ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا
فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا في كل مشاع قال ولم يذكر الاصحاب هنا يمينا وذكره
في المسألة في باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح قهريا وجاز ان يكون احتياطا فان استحقنا اليمين
مع ان العلامة قال في التذكرة والاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الاخر الذي

نصفا من

تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده من كل منهما فيقضى به للداخل ومع نكولهما معا او حلفهما معا فيتم بينهما
نصفين ووافق ذلك حسن الصلح والعموم واليمين على من انكر قوله وكذا لو اودعه انسان درهمين وآخر درهما
وامتزج الجميع ثم تلف درهم اي تلف بغير تفريط الحكم هنا من اختصاص صاحب الدرهمين بالباقين والحال هذه هنا لسابقه
هو المشهور بين الاصحاب مستنده رواية السكوني عن الصادق ع ويشكل الحكم مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل
كونه منهما بل من احدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة
وما اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب مقتضى الرواية انه يقسم كذلك وان لم يتصادم دعواهما
في الدينار وان لا يمين وكذا لم يذكر الاصحاب هنا يمينا بناء على كون الحكم المذكور ظاهرا كما ذكره في الدروس
في المسئلة السابقة وربما امتنعت اليمين هنا اذا لم يعلم كل منهما بعين حقه ولو كان بدل الدرهم مال يمتزج
اجزاؤه بحيث لا يتميز وهو متساو فيهما كالحنطة والشعير وكان لاحدهما قفيزان مثلا وللآخر قفيز وتلف
قفيز بعد امتزاجهما بغير اختياره فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز
وثلث وللآخر ثلثا قفيز والفرق ان الذاهب هنا عليهما معا لاختلاف الدراهم لانه حق احدهما خاصة
قطعا قوله ولو كان لاحدهما ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين ثم اشتبها فان خير احدهما صاحبه فقد
انصف وان تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما فاعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة والآخر ثلاثة الى قوله وللآخر
ثلاثة هذا الحكم كالسابق مشهور بين الاصحاب مستنده رواية اسحق بن عمار عن الصادق ع انه قال في ثوب
احدهما بعشرين وللآخر ثلاثين فاشتبها باعاهما فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن والآخر
خمسا الثمن وان خير احدهما صاحبه فقد انصفه والمص عمل بمقتضى الرواية من غير تصرف وقبله الشيخ
وجماعة وفصل العلامة فقال ان امكن بيعهما منفردين وجب ثم ان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب لا
اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحبه وكذا الاقل بناء على الغالب فان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له
شرعا وان لم يمكن صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال
وعليه تنزل الرواية وانكر ابن ادريس ذلك كله وحكم كل بالقرعة لانها لكل امر ملتبس وهو هنا حاصل وهو
اوجه من الجمع لولا مخالفة المشهور وظاهر النص مع انه قضية في واقعة يمكن قصره عليها والرجوع الى
الاصول الشرعية وما ذكره المص من البناء على الغالب ليس اولى من القرعة لانها دليل شرعي على هذا المورد
ومن الجائز اختلاف الاثمان والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف الناس في المساهلة والمماكسة وعلى تقدير
العمل بالرواية ينبغي قصر حكمها على موردها فلا يتعدى الى الثياب المتعددة ولا الى غيرها من الامتعة
والاثمان مع احتمال التساوي لطرق واستقرب في الدروس القرعة في غير مورد النص وهو حسن ولو قيل
به فيه كما اختاره ابن ادريس كان حسنا ايضا قوله واذا بان احد العوضين مستحقا بطل الصلح المراد به العين
في العقد لانه المتبادر من العوض في المعاوضة فلو كان مطلقا رجع ببدله كالبيع ولو ظهر فيه عيب فله

الفسخ و في تخيره بينه و بين الارش وجه و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان اصحهما
ذلك دفعا للاضرار وان لم نحكم بالفرعية وهو خيرة الدروس وقد تقدم في خيار العيب من البيع انه لا نص
عليه بخصوصه فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الادلة العامة قوله ويصح الصلح على عين
بعين او منفعة وعلى منفعة بعين او منفعة حيث كان الصلح مفيدا لفائدة العقود المتقدمة و متعلق
بعضها العين وبعضها المنفعة لم يمنع من صحة ما ذكره هنا ولا يختص جوازه بما ذكر بل لو صالح على مثل
اسقاط خيار او على حق اولوية في تحجير او سوق او مسجد صح ايضا للعموم قوله ولو صالح على دراهم بدنانير
او بدراهم صح ولم يكن فرعا للبيع ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف على الاشبه الخلاف في ذلك مع الشيخ
حيث جعله فرعا على البيع في نقل الاعيان بعوض فيلحقه حكمه ولو كان العوضان من الاثمان لحقه حكم
الصرف من اشتراط التقابض في المجلس ولما كان الاصح استقلاله بنفسه لم يترتب عليه حكم البيع هنا ولا
اختصاص حكم الصرف به هذا من حيث الصرف اما من حيث الربا فان الاقوى ثبوته في كل معاوضة والصلح
احدها فلا بد من استثنائه من قوله على دراهم بدراهم قوله ولو اتلف على رجل ثوبا قيمته درهم فصالحه
عنه على درهمين صح على الاشبه لان الصلح وقع عن الثوب لا عن درهم هذا انما يتم على القول بضمان القيمي
بمثله ليكون الثابت في الذمة ثوبا فيكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فاللازم
لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل وهو الاقوى قوله ولو ادعى
دارا فانكر من هي في يده ثم صالحه المنكر على سكنى سنة صح ولم يكن لاحدهما الرجوع وكذا لو اقر له بالدار
وقيل له الرجوع لانه هنا فرع العارية فيلحق حكمها والاول اشبه الخلاف هنا مع الشيخ كما تقدم حيث جعله
مع كون متعلقه المنفعة بغير عوض فرع العارية فيلحق حكمها من جواز الرجوع فيه والاقوى عدمه
لكن في صورة الانكار انما يفيد المصالح بانكار من هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار والانكار ليتصور كون
الصلح المذكور عارية عند الشيخ لانه اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر له بها فان الصلح وان جاز الا ان
المنفعة تقابلها عوض وهو العين فلا تتحقق العارية مع ان الشافعي لما شرط في صحة الصلح الاقرار
وجعله فرعا على العقود الخمسة مثل العارية بما ذكره هنا مع كون المدعي على مقر لها او يجعلان
العوضين من واحد فكان الحكم راجعا الى العارية قوله ولو ادعى اثنان دارا في يد ثالث بسبب موجب
للشركة كالميراث فصدق المدعى عليه احدهما ثم صالحه على ذلك النصف بعوض فان كان باذن صاحبه
صح في النصف اجمع وكان العوض بينهما وان كان بغير اذنه صح في حقه خاصة وهو الربع وبطل في حصة
الشريك وهو الربع الآخر اذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة فاقرار المثبت
لاحدهما مقتض لشركتهما فيما اقر به وان لم يصدقهما على السبب الذي ادعياه لان مقتضى السبب كما
الميراث ذلك لاتفاقهما على ان القبض كالكل يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له [illegible] الا

كان

كان الغايت يكون ذاهبا عليهما فيقتضي اقرارهما او الخاص ان الشي لكهما في المقر به يثبت من جهة اعترافها
بما يوجب الشركة لا من جهة الاقرار فلا يؤثر فيه تخصيص المقر احدهما بالملك وح فاذا صالح المقر المثبت
على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شريكه صح في جميعه بجميع العوض والا ففي صحة حصة المصالح خاصة
بنسبتها من العوض ويبقى باقي النصف ملكا للشريك الاخر اما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير
سبب موجب للشركة فيما يقر به لاحدهما كما لو ادعى احدهما النصف بسبب الارث مثلا والاخر بالشراء
ملك احدهما لا يستلزم ملك الاخر فلا يقتضي الاقرار لاحدهما بما يدعيه مشاركة الاخر اياه ومثله
ما لو ادعى كل منهما انه اشترى النصف من غير تقييده بالمعية معا نعم لو قالا اشتريناها معا او اتهبناها
وقبضناها معا ونحو ذلك فقد ذهب في التذكرة الى ان الحكم فيه كالاول لاعتراف المقر بان السبب المقتضي
للملك قد اقتضى ملك الاخر ويحتمل العدم لان نقل الملك لاثنين هذا الوجه بمنزلة الصفقتين هذا
تقريب ما ذكره المص وجماعة في القسمين وفيه بحث لان هذا الاسم الاعلى للقول ببطلان البيع والصلح على
الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البائع والمصالح حتى باع ابتداءها مالك
النصف نصف العين مطلقا انصرف الى نصيبه وحموه بان اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته
الى النصفين الا انه من خارج قد ترجح انصرافه الى النصف المملوك للبائع نظرا الى ان اطلاق البيع انما يحمل
على المتعارف في الاستعمال وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين ولا يجري
ذلك الا في المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الغير الشيء ويستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره
فاللازم هنا ان ينصرف الصلح الى نصيب المقر له خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى المتنازع
بين الاخر والمتشبث هذا ان وقع الصلح على النصف مطلقا او النصف الذي هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف
الذي اقر به المتشبث توجه قول الجماعة لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا
له فيهما وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها وهذا توجيه
حسن لم ينبهوا عليه وانما ذكر الشهيد في بعض تحقيقاته احتمال انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير
مشاركة الاخر مطلقا ونبه عليه الشيخ علي ره بما ذكره في مسألة الارث بين كون الصلح قبل قبض التركة
وبعده لان الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة والتالف لا يحسب عليهم
وكانه لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا
من اعيان التركة او باعه اما الصلح فيبتني على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حقه فيه هل يختص
بالعوض ام لا والظاهر الاختصاص لان الذاهب لا يخرج عن كونه حقا له والصلح لم يقع على غير حصته
من التركة كالعوض انما وقع على حقه وهو امر يمكن نقله بعوض وغير عوض فالبحث السابق ان في
مسألة الارث قبل القبض وبعده ومما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على

لو كان دينا فان قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح وقد تقدم الكلام
فيه في باب القرض ويأتي فيه في كتاب الشركة من بحث (ق) ولو ادعى عليه فانكره فصالحه المدعى عليه على
سقي زرعه او شجره بمائه قيل لا يجوز الى قوله بيع ماء الشرب اقول لما المنع للشيخ محتجا بجهالة الماء والجواز
اقوى مع ضبطه بمدة معلومة ومثله ما لو كان الماء معوضا مع ان الشيخ جوز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء
مشاع منه وجوز جعله عوضا للصلح ويمكن ان يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقا كما يدل عليه
الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا منه معينا انما
استحق سقيا لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة المدة وهو لم يصرح بالمنع
ح ولو تعلق الصلح بسقيه دائما لم يبعد الصحة لان جهالة المثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح (ق) اما لو
صالحه على اجراء الماء الى سطحه او ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه الخ المراد بعلم الموضع
الذي يجري منه ان يقدر مجراه طولا وعرضا لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق
لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض ولا فرق في صحة ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعة
وبين ايقاعه ابتداء وقد اطلق المص وغيره حكم الماء من غير ان يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر ولا باس
باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان ماء سطح اختلف بكبر محله وصغره ومعرفته
يكون بمعرفة محله وحيث ينقطع السطح او يحتاج الساقية الى اصلاح وجب على المالك الاصلاح لتوقف
الحق عليه وليس على المصالح مساعدته (ق) واذا قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن اقرارا لانه قد يصح مع
الانكار اشار بالتعليل الى الرد على بعض العامة حيث زعم ان الصلح لا يصح الا مع الاقرار فرفع عليه
ان المدعى عليه قبل الاقرار لو قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقرارا لانه طلب منه
التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك فصار كما لو قال ملكني ولما كان عندنا الاصل ممنوعا لجواز
الصلح مع الاقرار والانكار لم يكن طلبه اقرارا (ق) اما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا لانه صريح في
التماس التمليك وهو ينافي كونه ملكا له لاستحالة تحصيل الحاصل ولا شبهة في كونه اقرارا بعدم الملك
للمقر وكونه ملكا لغيره في الجملة اما كونه ملكا لمن طلب منه البيع والتمليك ففيه نظر من كونه اعم
من ملكه اذ قد يكون وكيلا واذا احتمل اللفظ الامرين لم يحصل المقتضي للملك الذي كان مقتضيا الا
لاصالة عدمه وبالجملة فمرجع الاقرار الى كونه مالكا للمبيع لا مالكا للمبيع لانه اخص فلا يدل على العام
نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب توجه انه ملكه لدلالة اليد على الملكية
والاصل عدم المالك الاخر وقد نبه بذلك العلامة في التحرير والشهيد في الدروس وهو قوي ويتفرع
عليه ما لو عاد اقر به لاخر ثبت له ولم يغرم للاول لانه لم يحكم به (ق) يجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق
النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة الرواشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك الى الطريق

بحث

بحيث لا يصل الى الجدار المقابل لجواز بنائه عليها ولو وصلت وهو لسابا طاو سابق فيهما بان الاجنحة تنضم اليها
مع ذكر ان يوضع لها الحد من الطريق والمرجع في التضرر وعدمه الى العرف ويعتبر في المارة ما يليق بتلك
الطريق عادة فان كانت مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدمهم الرمح على نصبه ما لاعادة
واعتبر في التذكرة مرور ... اصابة ... لانه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح وفرقاه في الدروس
لندرته ولا لامكان اجماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو اقوى وان كانت مما يمر فيها الابل اعتبر
فيها محملة ومركوبا على ظهرها محملا ان امكن مرور مثل ذلك عادة وهكذا يعتبر ما يجري العادة
بمروره على تلك الطريق وبقيته تنقص المارة يدل بمفهومه على عدم اعتبار نقص غيرهم كما لو نقص جاره
بالاشراف عليه فانه لا يمنع لاجله كما لا يمنع لو كان ... في ملكه واستلزم الاشراف عليه خلافا للتذكرة
حيث الحق الاولى بنقص المارة وفرق بينه وبين ... في ملكه بان الهواء في الطريق مشترك وانه و
بعدم النقص لان الهوى ليس ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان ان يتصرف في ملكه كيف شاء وان
استلزم الاشراف على الجار او الاطلاع عليه وانما يمنع من الاشراف لامر الغلبة المقتضية لامكان ولم اقف
احد في هذه المسألة بالخصوصية بمعنى من الخاصة ولا من العامة وانما ذهب الى ما قلت من اجتهاد وفيه
نظر لان المعتبر في الموضوع في الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع للاستطراق ... مانيا فيه
انما اعتبر عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه وقد تقدم انه لا يمنع مما يضر بغيره من بعيد او مسلوك
خاصة فضلا عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله فلا وجه للمنع مما يقتضي اضراره كما لو احدث بناء في
مباح بقابله واستلزم الاشراف عليه وكلام العلامة وغيره حيث قيد والضرر بالمارة دليل عليه وانما
هو الضرر ... خاصة [illegible] ولو طابق فيما سلم على الاصح ... بالاصح على خلاف الشيخ حيث شرط في
جوازه عدم معارضة احد من المسلمين له لانه حق لجميع المسلمين فيمتنع بمعارضة واحد منهم له
... لانه لو سقط منه شيء ضمن به بخلاف وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك القرار
وانما يملك الهوى فلما ملك القرار المعارضة وهو مذهب ابي حنيفة ايضا واجيب بان الفرض عدم التضرر
للمارة فالمانع منهم معاند ومن غيرهم لا حق له لاتفاق الناس عليه في جميع الاعصار والامصار من غير
نكير وسقيفة بني ساعدة وبني النجار اشهر من الشمس في رابعة النهار وقد كانتا بالمدينة في زمن النبي ص
ويدل في عدم اعتبار معارضة المسلم جازة فليس له منعه لجواز هواه ويكون الهواء بينهما ... فيما سبق
استحق وللاخر اخراج روشن فيما بقي من الهواء ليس للاول منعه وان استلزم الاشراف عليه لا على
الوضع السابق وكذا يجوز للثاني الاخراج فوقه وتحته اذا لم يضر به وحده ... لا يضر بالمار في الاول
ان لم يكن ... على سقفه ان كان ولو اظلم الطريق بوضع الثاني اذن له خاصة وان كان لكل واحد اثر في
الظلمة لان ... انما حصل بالثاني وان كان لو لا الاول لم يحصل [illegible] ولو كانت مضرة ونحبلها التمام

ووجب إزالتها إلا أن يختص بموضعها وإن كان الأمر منه آكد لكونه عاصياً فإن إزالتها نهي عن المنكر يجب على كل قادر إزالته

عليه بالقول والفعل ويأثم تارك السعي مع قدرته كما في كل منكر قوله ولو أظلم بها الطريق قيل لا يجب إزالتها القائل

بذلك الشيخ في المبسوط وموضع الخلاف ما إذا لم يذهب الضياء بالكلية وإلا منع إجماعاً والضابط في ذلك أداؤه

حصول التضرر بالمارة ولو بضعف البصر لأنه يحول نحو مضر وشرط بعدم ضرر المارة وعلى هذا فالمنع أقوى

لأن إطلاق الشيخ عدم تأثير الظلمة إلى وجودها مطلقاً ولا فرق في التضرر بين وقوعه ليلاً أو نهاراً قوله ويجوز

فتح الأبواب المستجدة فيها أي في الطريق النافذة لأنها للمسلمين فيما شرع فيجوز إحداث الأبواب فيها المحاذية لها

سواء كان لتلك الدار باب آخر إليها أم إلى غيرها من الطرق النافذة أو المرفوعة ولا يقدح في ذلك صيرورة

المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذة لأن ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق

إذ ليس لأحد دخول داره إلا بإذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق قوله أما الطريق المرفوعة فلا يجوز إحداث

باب فيها ولا جناح ولا غيره إلا بإذن أربابه سواء كان مضراً أم لم يكن لأنه مختص بهم الطريق المرفوع ملك

لأربابه كسائر أملاكهم فيكون كالمال المشترك لا يصح لأحد من أربابه التصرف فيه إلا بإذن الباقين

سواء كان التصرف بإحداث الباب أو البناء أو وضع شيء أم غيرها وسواء أضرهم أم لم يضر وكذا لا يجوز

ذلك لغير أربابه بطريق أولى ونبه بقوله سواء كان مضراً أم لم يكن على خلاف بعض العامة حيث جوز

لأهل السكة إحداث ذلك إذا لم يضر بالمارة والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لا يتمشى إلى طريق آخر

ولا مباح بل إلى ملك الغير وبابها من باب نافذ إليها أو من ملاصق داره ويكون حائطه

إليها من غير نفوذ ومما يترتب على ملكهم لها جواز سدها عن السكة والانتفاع بها كغيرها من أملاكهم

مع اتفاقهم على ذلك ولو اختلفوا لم يكن لمن أراده ذلك وإنما يجوز ذلك إذا لم يكن فيها مسجد أو رباط

أو مطهرة موقوفة على العموم قديمة أو حديثة فإنه لا يجوز لهم المنع من المرور إليها ولا إحداث ساباط

ونحوه مما يتضمن منع المارة وإن رضي أهل السكة لأنها صارت حقاً لسائر الناس وفي حكمه ما لو جعل

بعضهم داره أحد تلك الأمور ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن أربابها المرور

فيها والوجه فيه ما تقدم من الملك والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال فلو منع أحدهم حرم أما

الجلوس فيها أو إدخال الدواب إليها ونحو ذلك فلا إلا مع إذن الجميع لأصالة تحريم مال الغير بغير

إذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً نعم لو كان الجلوس خفيفاً غير مضر بهم أو لشاهد الحال قوله

وكذا لو أراد فتح الباب لا للاستطراق بل دفعاً للشبهة أي لشبهة استحقاق المرور حينئذ بعد تطاول الزمان

فإنه إذا اشتبه الحال حكم باستحقاق المرور لأنه وضع له وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط

جملة فإن الثاني جائز دون الأول لأن رفع الحائط لا يستدعي استحقاق المرور بوقت من الأوقات

إذ ليس فيه دلالة عليه بخلاف الباب ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكورة

كالجدار

للجار الملاصق لها لجاز بطرد بين حق فتح باب فيها ان اراد احداث باب اخر او خروجا من باب لاشتراكهما في عدم استحقاق
المرور في المحل الذي فتح فيه الباب ويحتمل ضعيفا الجواز لما سبق قوله ويجوز فتح الروازن والشبابيك لان
لان الانسان مسلط على التصرف في ملكه بما شاء والشبهة المتصرفة من الباب منفية ه ما يجوز فتحهما الا
الدرب المرفوع بحيز للغير هما من الاملاك والدور وان استلزم الاشراف على الجار لان المحرم هو التطلع لا التصرف
في الملك فيستفيد بذلك الاستضاءة في بيته وليس للجار سد ذلك نعم له وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف
منع الضوء قوله ومع اذنهم فلا اعتراض لغيرهم اذ هم في ذلك بمنزلة ان التصرف كالغائب يحوي لهم
ولكل واحد منهم الرجوع فيها او يبطل في موضع ... لتكليف بحقوق واعمار ونحوهما اوج فالمراد بغيرهم
من خرج عن استحقاق الطريق اذ لا حق لهم فيها وان امكن استطراقهم وتضررهم وليس المراد بغيرهم من يشتمل
الطبقة الثانية منهم لبطلان الاذن عن بعضهم كما ذكرناه قوله ولو صالحهم على احداث روشن قيل لا يجوز
لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع وفيه تردد القول للشيخ رحمه الله بناء على ما ذكره من المنع من افراد الهواء بالبيع
وفرعية الصلح له في ذلك والمقدمتان ممنوعتان وامر فرعية الصلح فيناوله وهم يصالحهم بعود الى
اهل الدرب المرفوع وهو يقتضي باطلاقه استحقاق الجميع لذلك وهو مخالف لما سيأتي من اختصاص
الداخل بما بين البابين والذي يلزم من التفريع على ذلك ان الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الا بواب
فهو حق الجميع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج وقيل يتوقف على رضا الجميع كالاول
للاحتياج اليه عند ازدحام الدواب والاحمال وقواه في الدروس والاول اشهر قوله ولو كان لانسان
داران باب كل واحدة الى زقاق غير نافذ جاز ان يفتح بينهما بابا لان له حق السلوك في كل واحد ورفع الجدار
الحائل بين الدارين وجعلهما واحدة ففتح باب من احدهما الى الاخرى اولى ومنع منه بعض العامة
لانه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوك لدار لا حق لها فيه ولانه ربما ادى الى اثبات الشفعة لو بيعت
بعض دور احدى الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى على
تقدير القول بثبوتها مع الكثرة والاقوى ان كل دار على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في
الطريق لا يتعدى الى الاخرى وان جاز الاستطراق لان ذلك الفتح لم يوجب حقا للدار في الطريق الا خرى
وانما اباح الانتقال من داره الى داره الاخرى ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون
الثاني والدار التي هو فيها لا للاولى لها قوله ولو احدث في الطريق المرفوع حدثا جاز ازالته لكل من له
عليه استطراق لا فرق في الحدث بين كونه مضرا او غيره ولا بين كونه في الهواء كالروشن وفي الارض
كالدكة ووضع خشبة وحجارة ونحو ذلك وبين كونه من اهل ذلك الطريق وخارجه لاشتراك الجميع
في كون ذلك تصرفهم في ملكهم بغير اذنهم فكان لهم ازالته وكذا لا فرق بين وقوعه باذن بعضهم وعدمه
بل الحق ... بغير اذنه فله المنع والازالة والكلام في اذن الجميع والبعض بالنسبة الى كون الحدث

داخلا وخارجا لما تقدم قوله ولو كان في زقاق بابان احدهما ادخل من الآخر فصاحب الاول
يشارك الآخر في مجازه وينفرد الادخل بما بين البابين هذا هو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان
المقتضي للاستحقاق في كل واحد هو الاستطراق وغايته بابه فلا يشارك في الداخل وقيل يشترك الجميع في الجميع
حتى في الفضلة الداخلة في صدرها لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال ولان
تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه بعيد بل متعسر والمتعارف الاحتياج حوله الى حاجة من الداخل وان
قلت فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب فيما خرج ليس بجيد وقوى في الدروس الاشتراك في الجميع قوله
ولو كان في الزقاق فاضل الى صدرها وتداعياه فهما فيه سواء لاستوائهم في الارتفاق به اما لو تراوا
على احد فرغيره بحكمه كما بين البابين لان دخلية الباب يقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيتحقق
الترجيح ويشكل ذلك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع بالفضلة على
استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل
ويندفع بان ثبوت مثل ذلك شيء لا يتوقف على مسلكه ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة مشاهد
الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق به فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة
حكم باشتراكها بينهم ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل له
عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء
اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك ولو قلنا باشتراكهم في جميع الطرق كما اختاره الشهيد
فالحكم في الفضلة اولى قوله ويجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج وكذا الخارج ولا يجوز للخارج ان
يدخل بابه وكذا الداخل الوجه في ذلك كله ما تقدم من اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه في مشاركته
فيما خرج فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكل ما خرج عنه له
فيه حق وله حق التصرف في جداره بفتحه اجمع فبعضه اولى ولا فرق في ذلك بين ان يسد الاول كما يقتضيه
ظاهر العبارة وبتقييده ولا يمنع بكثرة الابواب لعدم تفاوت الحال وربما قيل باشتراط سد الاول و
اما الخارج فلما لم يكن له حق فيما جاوز مجازه الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل الا على القول
السابق وربما احتمل جواز دخوله وان لم يقل بمشاركته في الداخل نظرا الى ان كان له ذلك في ابتداء وضع
الدار ورفع الحائط اجمع فيستصحب ويضعف بان تلك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه كان له
ابتداء الى الجهات شيئا فلما احياه ما حوله منع ذلك لسبق من حوله بالاحياء على تلك الجهة ومثله القول في
الجزء الداخل من الطريق فانه بوضع بابه خارجه دفع عنه يده واحياه وانفرد بهما الداخل فيقدم واما
رفع جميع الحائط فلا يبطل حقه به شبهة بخلاف الباب كما تقدم قوله ولو اخرج بعض اهل الدرب النافذ
بعضنا الى قوله غرض الدرب لما كان حق الطريق النافذ غير مختص بذي الدور لم يكن للمحاذي المقابل ولا غيره

الاعتراض

الاعتراض على واضع الروشن وان استوعب عرض الدرب اذا لم يكن مضارا بالمارة نعم لو وضع شيء منه على جدار المقابل
فله المنع منه قوله ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للاول منعه لانهما فيه شرع كالسبق
الى القعود في المسجد لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية فاذا زالت زالت كالقعود
في المسجد وفي السوق حتى لو فرض ان الثاني اخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول ازالته وان اثم الثاني
وان كان الثاني قد ضمن ارش الاول لاكتساب الاثم [illegible] لاولوية ومثله القول في المتشبه به قوله اذا
التمس وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على الجار الاجابة ولو كان ولو كانت خشبة واحدة لكن يستحب
ثم هنا عندنا موضع وفاق ولقوله من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يمنعن جاره من وضع
خشبة على جداره وعلى تقدير ثبوته محمول على الاستحباب المذكور وذهب بعض العامة الى جوازه بغير اذنه
عملا بالحديث قوله ولو اذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعد الوضع لا يجوز لان المراد به التأبيد والجواز
حسن مع الضمان الكلام هنا في مواضع احدها في جواز الرجوع بعد الوضع فقد منع منه الشيخ ومن
تبعه لاقتضاء الاذن في مثل ذلك الدوام كالاذن في دفن الميت في الارض وفي الضرر الحاصل بالنقض
حيث نقض الاخشاب ملك المأذون والاقوى الجواز لانه عارية لان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه
كيف شاء والمخالفة بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبش الدفن دون احراز البناء على تقدير الجواز هل
ينقض مجانا او مع الارش وجهان مبناهما على ان الاذن انما افاد العارية والاصل [illegible] الرجوع متى
اراد مع اصالة برائة ذمة المالك من ثبوت المال لغيره على تخليص ملكه منه بل اصالة البراءة مطلقا
وانه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمانه نقصه ولان فيه جمعا بين الحقين ولانه سبب
الاتلاف لا ذمة والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي وهو اقوى الثالث على ثبوت الارش هل هو عوض
ما نقصت الات الواضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبناهما على ان البناء
اذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان ذلك هو
نقص المالية ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمن وانما يضمن نقصان
مال الغير الذي كان سببه فلا فرق [illegible] والاول اقوى لان جمعية مال الواضع غايته كونه موضوعا
على ملك الغير فذلك الملك انما اقتضى جواز النقض لا المشاركة في المالية ولو اتفقا على تقايره بالاجرة فلا
اشكال في جوازه قوله اما لو انهدم لم يعد الطرح الا باذن مستانف وفيه قول اخر بالعود لا لاجل للشيخ
في المبسوط وهو انه ان اعاده بالالة الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان اعاده بغيرها
كان له منعه والاقوى الاول لان المأذون فيه اولى بالعارية وهو الوضع قد حصل فلا يجوز وضع اخر بدون
الاذن ولانها عارية فيجوز الرجوع فيها وان استلزم الضرر كما مر هنا اولى بالعارية لا مع الضرر جبره
بالارش وهنا الضرر فلا [illegible] كثير من الاصحاب لم يذكر وهنا [illegible] يمكن ان يكون سببه ان

الشيخ كان ذكره لا لاخراج الكتاب انه لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يجز له الاعادة الا باذن مستانف

ولم يجز في ذلك فاطرحوا قوله الاخر وهو قول لبعض الشافعية كما ان القول الاخر لهم فجمع الشيخ

بين الحكمين قوله ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب ووزنها

وطولها انما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف الثمن الحائط باختلاف الطول وان اتفق وزنه

والضابط ذكر ما يرتفع الجهالة ولا يدفع ذلك من ذكر المدة المضبوطة ولو كانت الالات مشاهدة

استغنى عن اعتبارها بذلك واكتفى بتعيين المدة واحترز بقوله ابتداء عما لو وضع الصلح بعد الاطلاق

وهذا في الخشب واما الاجر واللبن في الحائط فيكفي فيهما العادة نعم لو كان الصلح على البناء على الحائط زيادة

عليه افتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن لاختلاف ضرره باختلاف هما هذا كله في الوضع على حائط مملوك للغير

اما لو كان موقوفا على مصالح عامة بحيث لا يكون ثم مالك على الخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لاحد

البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعا وليس له الاذن بغير عوض وفي جوازه به لا مع على الموقوف

نظرا الى المصلحة بفائدة العوض وعدمه لانه تصرف في الوقف بغير موضعه ولانه يتم شبهة على تطاول

الازمان وهذا الاخير اجودهما الاخير وجوازه في الدروس قوله اذا تداعيا جدارا مطلقا ولا بينة فمن

عليه الى قوله قضي به بينهما المراد بالاطلاق هنا ان لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كما

كان متصلا ببناء احدهما او في حكمه كما سيأتي ومن جملة القيود كونه في ارض احدهما فاذا خلا عن

جميع ذلك لم يكن لاحدهما عليه يد او يكون لهما بان يكون بين ملكيهما او لا سرج وحكمه ح ان يستوي

نسبتهما اليه فمن اقام بينة حكم له به وان فقدناها حلف كل واحد لصاحبه وكان بينهما بنصفين وكذا لو

نكلا عن اليمين وحلف احدهما ونكل الاخر ثبت للحالف وهو واضح قوله ولو كان متصلا ببناء احدهما

كان القول قوله مع يمينه اي متصلا به اتصال ترصيف وهو تداخل الاحجار واللبن جاره على وجه يبعد

كونه محدثا ومثله ما لو كان لاحدهما عليه قبة او غرفة او سترة لانه يصير بجميع ذلك صاحب يد فعليه اليمين

مع فقد البينة ولو اتصل بهما كذلك او كان البناء لهما او اختص احدهما بصفة والاخر باخرى فاليد

لهما وكذا لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الاخر اذ لا اثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما

كالقسم لو تخلا الى تمام ما تقدم قوله ولو كان لاحدهما عليه جذع او جذوع قيل لا يقضى لها وقيل

يقضى مع اليمين وهو الاشبه القول بعدم القضاء به ذلك للشيخ محتجا بان كون الجذع بين الدارين

دلالة ظاهرة على اشتراك اليد فيهما ووضع الجذوع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص احد الساكنين

بزيادة الامتعة فضعفه ينع دلالة كونه بينهما على اليد اذ لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه

السابقة ووضع الجذع يفيد اليد للواضع ويبقى الاخر خاليا فيكون حكم الجذع حكم ما سلف من

المرجحات ولو اجتمعت اعتبر ما فصلناه قوله ولا يرجح دعوى احدهما بالخوارج التي هي الحيطان ولا

الحيطان

ان كان المراد بالخوارج كالزوايا من وجه الحائط من نقش وتدوير ونحو ذلك فانه لا يفيد الترجيح
لما ذكر لامكان احداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار ومثله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذة
والى وجه النافذة لما ذكر قوله ولو اختلفا في خص فمن اليه معاقد القمط عملا بالرواية الخص بالضم
البيت الذي يعمل من القصب والقمط بالكسر حبل يشد به الخص وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص من
ليف وخوص وغيرهما والرواية رواها عمرو بن شمر عن جابر عن الباقر عليه السلام عن ابيه عن علي انه قضى في رجلين
اختصما في خص ان الخص للذي اليه القمط ومثله روي العامة عن النبي صلى الله عليه وآله والطريق ضعيف الا ان الاصحاب
تلقوها بالقبول وردها بعضهم ومنهم المص في النافع وقال انها قضية في واقعة فلا يتعدى والحق
الحق حكم الجدار بين الملكين قوله لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة
الا باذن شريكه الحكم فيه كغيره من الاموال المشتركة لا يجوز لاحد الشركاء التصرف الا باذن الجميع وان قل الا
الانتفاع كضرب الوتد وفتح الكوة قوله قال في المبسوط وكذا الاخذ قليلا يكون من ترابه ليترب به الكتاب
من ذلك الاستناد اليه واسناد المتاع مع انتفاء الضرر لانه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره نعم
لو منع المالك والشريك من ذلك كله حرم وفاقا للمبسوط لانه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه واستقرب في الدروس
عدم المنع لانتفاء الضرر وموضع الخلاف ما اذا كان المحل للمستند والا لم يجز اجماعا ولو بنى الشريك في ملكه
جدارا متصلا بالجدار المشترك او المختص بالجار بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للاخر الاعتراض ولو القى
ثقله عليه لم يجز بدون اذنه قوله ولو انهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته اذ لا يجب على الشخص عمارة جدار
المنهدم ولو المشترك الى وهذا لا كلام فيه لكن هل يتوقف العمارة على اذن الشريك ام يجوز له البناء وان نهاه
قولان احدهما توقف العمارة على اذنه لانه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك كما سلف
والثاني عدم الاشتراط لانه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه في نفقته ولا ضرر فيه
عليه بوجه وهو قول الشيخ والاول اقوى وربما فرق بين اعادته بالالة المشتركة فلا يشترط رضاه
وبين اعادته بالة من عنده فيشترط لانه على الاول يبقى شريكا كما كان بخلاف الثاني ثم على القول
باعتبار اذنه لو خالف وعمره فهل للشريك نقضه احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره وتغير هيئته ووضعه
الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية كانها مغصوبة فلا تعافها فلم ارد التيما والاقوى العدم ان كان
بناه بالالة المشتركة لان هدمه ايضا تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بنى فلا يصح كالاول
وانما تظهر الفائدة في الاثم والجواز ان كان بناه بغيرها فله لانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير فيجوز
تغيره ثم على القول بتحريم نقضه لو هدمه الشريك لزم الارش كما لو هدم ابتداء ثم على تقدير اعادته بالالة مختصة
بالمعيد له منع الشريك من وضع خشبه عليه دون الاول للاشتراك فيه ودونه وخير الشيخ الشريك في
الثاني بين مطالبته بهدمه واعطائه نصف قيمة الحائط ويضع عليه والاقوى ان التخيير في ذلك التا

لا للشريك وحيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع ويرفع امره الى الحاكم يجبره على المساعدة او الاذن فان
امتنع [illegible] الحاكم وهل له الاذن فيه باجرة يرجع بها على الشريك او مجانا الاقوى الثاني لان الشريك اذا
لم يجبر على [illegible] لا يجبر على الانفاق فاذا اختار الشريك بناءه مجانا فعل قوله وكذا لو كانت الشركة
في دولاب او بئر او نهر والحكم هنا كما سلف في الجدار ولا فرق بين كون المشترك مشتملا على نفع يتعلق بعمارته وغيره
عند الاصحاب وربما خالف فيه بعض العامة فحكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذا المذكور
دون الحائط فارقا بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيضر به بخلاف الحائط فانه يمكنه قسمته مع شريكه
وقسمة عرصته ورد بان قسمة العرصة والحائط قد يكون اكثر ضررا فكانا سواء قوله وكذا لا يجبر صاحب
السفل ولا العلو على بناء الجدار الذي يحمل العلو لانه لا يجب على الانسان عمارة ملكه لاجل الغير لكن يجب تقييده بما
اذا لم يكن حمل جدار العلو او سقفه واجبا على صاحب السفل بعقد لازم فان وجب كذلك لزم البناء عليه في
الدروس وسبق مثله في عمارة الساقية والمجرى ولو طلب صاحب العلو بناء جدران السفل تبرعا فهل له منعه
فيه الوجهان السابقان واطلق في التحرير انه ليس له منعه وحكم العلو ما لو كان لساباط الحق وضعه
على حائط غيره فانهدم هذا كله اذا انهدم الحائط بنفسه او هدماه معا قوله ولو هدمه بغير اذن شريكه وجب
عليه اعادته وكذا لو هدمه باذنه وشرط اعادته اطلق المص وجوب الاعادة تبعا للشيخ رحمه الله وشمل ما
النقصان [illegible] بالهدم غير مثلي فينبغي المصير الى القيمة وهو الارش وهو اختيار العلامة في القواعد
مع انه قطع في التذكرة بوجوب الاعادة وفصل الشهيد رحمه الله في الدروس فاوجب اعادته ان
امكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع والا فالارش وفيه مناسبة الا انه خارج
عن القواعد الشرعية لاستيفاء المثلية في القيميات فانه محض صفة اذ الاعيان باقية والمماثلة في الصفة
بعيدة فالعمل بالارش مطلقا اوضح قوله اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت فالقول قول
صاحب البيت مع يمينه ولو كان في جدران الغرفة فالقول قول صاحبها مع يمينه الى قوله فالقول قول
صاحبها مع يمينه هذا هو المشهور ويعضده ان جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم
بها لصاحب الجملة وقال ابن الجنيد ان جدران البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدار الغرفة
اذ لا تعلق لصاحب البيت به الا كونه موضوعا على ملكه ولا يقتضي ذلك [illegible] وهو قول جيد لكن الاول اجود
قوله ولو تنازعا في السقف قيل ان حلفا قضي به لهما وقيل لصاحب العلو وقيل يقرع بينهما وهو حسن
المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينها وبين البيت والقول باستوائهما فيه للشيخ في المبسوط وقواه
في الدروس لانه سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل
منهما والقول الثاني لابن ادريس ورجحه العلامة في كثير من كتبه لان الغرفة انما تتحقق بالسقف
الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير سقف وهذا استبعاد فان على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان

[illegible]

تصرفه اغلب من تصرف صاحب السفل والقول ما قربه الشيخ ابقاه الله لا يخلو من اشكال ومستنده واستحسنه وربما منع
الاشتباه هنا لان رجحان احد الطرفين في نظر الفقيه ينافي الاشتباه بالنسبة الى الحكم وسطا او وسط
موضع الخلاف في السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه
بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا
للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجداران وهو دخول الات البناء من كل منهما في الاخر فان ذلك
دليل على انه لصاحب السفل فيقدم قوله فيه بيمينه قوله اذا خرجت اغصان شجرة الى ملك الجار وجب عطفها
ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم يمكن كون الوجوب
بمعناه المتعارف ويكون المحكوم عليه به مالك الشجرة ووجه الوجوب عليه ظاهر لان دخول شجرة على
ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغله ملكه وهو غير جائز فيجب التخلص منه وقد صرح العلامة في التحرير
بوجوب ذلك عليه وهو حسن لكن سبق في العبارة اشتراط وجوب العطف بالامكان وترتيب القطع
على عدمه مع ان للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب ففيه اولى وانما يليق ترتيب الامرين المذكورين بالنسبة
الى مالك الارض لان الوجوب فيه لا يتم بالمعنى المتعارف عنده ويمكن كونه بمعنى الثبوت لانه احد معانيه
لغة وهذا الحكم ثابت له لكن ينافره قوله بعد ذلك وان امتنع صاحبها قطعها الجار لان مقتضاه ان المامور
بالسابق هو مالك الشجرة ويمكن الاعتذار عن الترتيب بان قطع الشجرة مع امكان عطفها اتلاف للمال
وهو منهي عنه فيمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق بل لا بد من ضابط مقصود به المنهي عن اضاعة
المال بغير وجه ثم قوله قطعها الجار لا بد من تقييده ايضا بعدم امكان عطفها بطريق اولى فالعبارة في
الجملة ليست بجيدة والحاصل ان الواجب على مالك الشجرة تفريغ ارض الغير او هواءه من ماله كيف ما امكن
فان امتنع منه فلمالك الارض والهواء تولي ذلك مقدما للعطف على القطع مع امكانه كما يثبت الحكم المذكور
في الاغصان كذا في العروق ولا يتوقف مالك الارض على اذن الحاكم حيث يمتنع صاحب الشجرة كما لو اخرج
بهيمة تدخل الى ملكه بدون اذنه وينافيه بجواز ان اليه مالك الارض لها من دون مراجعة المالك
لان ان الغاصد وان عليه امر ثابت لا يتوقف على اذن الغير ويشهد له جواز اخراج البهيمة بدون
اذنه ولانه لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع امتناعه اذ لا يجوز التصرف في مال الغير
بغير اذنه او اذن من يقوم مقامه وظاهر التذكرة ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالتها وان جاز لمالك
الارض لانه من غير فعله ولا اجود ولو قطعها مالك الارض مع امكان العطف ضمن لكن هل يضمن
جميع ما يقع ام تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان من التعدي بالقطع فيضمنه ومن ان العطف
قول ... مستحق به في حكم التالف عادة لو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك وتفريطه

مضمون بحرة الارض والهواء وليس كذلك الاعواد [illegible] للنار بحت الاغصان لحق وحيث يجوز القطع لانه استهلاك فلو فعل
ضمن ما تلف بسبب زيادة على حقه وفي حكم الشجرة التراب المنتقل الى ملك الغير والحائط المائل كذلك فيجب المبادرة
الى تخليص الارض منه ولو ملكه التراب وقبله سلم من حفر لا امتناع منه وان شق نقله قوله ولو صالحه
على ابقائه في الهواء لم يصح على تردد اما لو صالحه على طرحه الى فوق الارض انما يجرها على الحائط جاز مع تقدير الزيادة
او انتهائها لمنع الشيخ من الصلح على ابقائها في الهواء بناء على اصله السابق من عدم جواز افراد الهواء بالصلح
تبعا للبيع وهذا هو الفارق بين الصلح على ابقائها في الهواء وعلى الجدار لان منفعة الجدار يمكن افرادها
بالمعاوضة كالاجارة والاصح جواز الامرين والمراد بقوله مع تقدير الزيادة او انتهائها ان الاغصان
ان كان قد انتهت في الزيادة بحسب اهل الخبرة صح الصلح على ابقائها مطلقا وان كانت اخذه في الزيادة
فلابد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطا ولابد مع ذلك من تقدير مدة الاقامة فلا يصح المؤبد
على ما ذكره الجماعة ولو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الاصل لما تعدى
الى الملك قبل الصلح قوله اذا كان لانسان بيوت الخان السفلى ولاخر العليا او تداعيا الدرجة فهي
لصاحب العلو مع يمينه لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض التي
هي لصاحب السفلى لان مجرد ذلك لا يوجب اليد ولا يحكم لصاحب العلو باكثر محلها هنا مع اختلافهما
في الخزانة تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل
فيجري فيها الخلاف السابق وعلى ما اختاره يقتضي لها للاعلى على التقديرين وانما يختلف الحكم عند القائل بالاشتراك
كالشهيد رحمه الله فانه يجعلها هنا مشتركة بينهما ايضا قوله ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها
سواء كان لكل واحد منهما شاهد بملكها لان الخزانة الدرجة لصاحب العلو فيكون مكانها كذلك لان
الهواء كالقرار وكذلك هي متصلة بملك الاسفل بل من جملة البيوت السفلى وح انقضى لها بينهما بعد
التحالف او النكول قال في الدروس ولا عبرة بوضع الاسفل الابواب كونه تحتها او الخزانة بالكسر كالكتابة
قال في القاموس قوله ولو تداعيا الصحن قضي منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما وما خرج عنه لصاحب
السفل لان صاحب العلو افتقر اليه في التصرف الى الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون باقي الصحن و
صاحب السفل يشاركه في التصرف في ذلك وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما نعم ان كان المرقى صدر
الصحن يشارك في الجميع وان كان المرقى في دهليز خارج لم يشارك الاسفل في شيء من العرصة اذ لا يد له على
شيء منها الا ان يقول في الكتب المرفوعة باشتراكهما في الجميع ولو كان المرقى في ظهره اختص صاحب الاسفل
بالعرصة والدهليز اجمع والمراد بالقضاء بما ذكر بينهما مع حلف كل لصاحبه او نكولهما معا عن اليمين كما
تقدم على غير مرة قوله اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضي للراكب مع يمينه وقيل هما سواء في الدعوى

الاولى اقوى ووجه القوة كون يد الراكب مباشرة بتصرفه بالنسبة الى القابض ووجه التسوية اشتراكهما في
اليد وتحقق لهما لا مدخل لها في الترجيح ولهذا لم يتوقف في ثوب بيد احدهما اكثر كما سيأتي نعم مع الركوب بزيادة
التصرف لا انه لم يثبت شرعا كونه مرجحا او تعريف المدعي والمنكر ينطبق عليهما بتفسير انه ... القول بالتساوي
اقوى بعد ان يحلف كل منهما لصاحبه اذ لم يكن بينة ولا عبرة عندنا بكون الراكب غير معتاد ونسبة الدواب
والمستثبت معتادا لذلك وما ذكر حكم الدابة اما اللجام فلمن في يده والسرج لراكبه قوله اما لو تنازعا ثوبا
في يد احدهما اكثره فهما سواء لاشتراكهما في مسمى اليد ولا ترجيح لقوتها او التصرف الذي كان مع الراكب
زائدا على اليد مفقود هنا وهذا هو الفارق بين المسئلتين عند المص واوجب اختلافه في الحكم نعم لو كان
احدهما ممسكا والاخر لابسا فكمسئلة الراكب والقابض لزيادة تصرف اللابس على اليد وربما قيل هنا بتقديم اللابس
لان الظاهر انه المتمكن من لبسه الا وهو غاصب مستقل باليد قوله وكذا لو تنازعا عبدا ولاحدهما عليه
ثياب بمعنى ان لبسها لا يرجح بل احدهما اذا كان هنا احدهما يدا اذ لا دخل له في الملك لانه قد يلبسها بغير
مالكها او بقوله او بالعادية فاذا كان لهما عليه يد تساويا في الدعوى ومنه يعلم انه لو كان لاحدهما خاصة
يد وللاخر ثياب فالمعتبر صاحب اليد قوله اما لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل كان الترجيح لدعواه
لان وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيرجح صاحبه والمراد ان لكل واحد منهما مع ذلك
عليه يدا بان كانا قابضين بزمامه ونحو ذلك ليحصل الترجيح اما لو كان لاحدهما حمل ولا يد للاخر فلا شبهة
في الترجيح ويمكن ان يكون المراد انهما قابض بزمامه وللاخر عليه حمل ليكون معا لا لمسئلة الراكب
والقابض اللجام فانهما وان تساويا في الحكم عنده الا ان مسئلة الحمل اقوى ولهذا لم يكن فيها خلاف وفي وجه
ان الحمل اقوى والبد على كمال الاستيلاء فان الركوب اسهل نقلا من الحمل قوله ولو تداعيا غرفة على بيت
احدهما وبابها الى غرفة الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت لانها موضوعة في ملكه لان
هواء بيته ملكه لانه تابع للقرار ومجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد ولا الملك فيقدم صاحب البيت
بيمينه هذا اذا لم يكن من الباب متصرفا فيها بسكنى او غيره والا قدم لان يده عليها بالذات لان التصرف في
مقتضى له ويتوقف ثبوت يد مالك الهواء بالتبعية ليده التي هي على القرار واليد الفعلية اقوى واولى
من التابعة ويحتمل التساوي لثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تاثير قوة اليد كما سلف كتاب
الشركة الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع الشركة بكسر الشين واسكان الراء
وبفتحها وكسرها وهي تطلق على معنيين احدهما ما ذكره المص تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور
وهذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركة لغة وعرفا الا انه لا مدخل له في الحكم الشرعي المرتب على الشركة
من كونها من جملة العقود المفتقرة الى الايجاب والقبول والحكم عليها بالصحة والبطلان فان هذا الاجتماع
يحصل بعقد وبغير عقد بل بغيره اكثر حتى لو تعدى احدهما ومزج ماله بمال الاخر قهرا بحيث لا يتميزان

تحققت الشركة بهذا المعنى ومع ذلك لا تستنبط الشركة بهما قبلها او بعدها الا ان هذا المعنى من المعاني دخولا في
باب الاحكام اولى ثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه وهذا هو المعنى
الذي يندرج الشركة في جملة العقود ويلحقها الحكم بالصحة والبطلان واليه يشير المص بعد بقوله فيبطل
قيل يبطل الشركة اعني الشرط والتصرف وقيل يصح ولقد كان على المص ان يقدم تعريفها على ما ذكر لانها المقصود
بالذات هنا او ينبه عليهما معًا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما واحكامهما لكنه اقتصر على تعريفها
بالمعنى الاول فقوله اجتماع حقوق الملاك كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم على وجه الامتياز كما لو
جمعوا اما لهم من تميز بعضه عن بعض ووضعوه في مكان واحد مثلا والمراد بالشيء الواحد الواحد بالشخص
لان ذلك هو المتبادر الى الافهام لا الواحد لامكان التخليص والنقص قوله سواء كان اثمانا او عروضا
اي عروضا مثلية كالحنطة وغيرها من الحبوب اما غير المثلية فيأتي الكلام فيها وينبه بالتسوية على خلاف
بعض العامة حيث شرط في الشركة الاختيارية تراعي ما يترتب عليها جواز التصرف التجاري في العقد ان
يكون المال من النقدين كالمضاربة اما الشركة بمعنى اجتماع الحقوق في المال الواحد فلا خلاف
في تحققها كيف اتفق الامتزاج قوله اما الاما لا مثل له كالثوب والخشب والعبد فلا يتحقق كالثياب
المتعددة المتقاربة في الاوصاف والخشب فتحقق الشركة فيه والضابط عدم الامتياز ولا خصوصية
للمثلي والقيمي في ذلك ومتى تحققت في ذلك فان علمت قيمة مال كل واحد منهما كان الاشتراك على نسبة
القيمة والا فالحكم بالتساوي فان الاصل وان رجع الى الصلح وحسنان والاول قطع في التذكرة وعليه
يترتب حكم ما لو اشتبه مقدار قوتها الى مثل قلع الشجرة فانهما يستويان على ما اختاره في التذكرة لانا
نعدم زيادة احدهما على الاخر والاقوى الصلح قوله ولو اراد الشركة فيما لا مثل له باع كل واحد منهما
حصة مما في يده بحصة مما في يد الاخر بناء على ان الشركة فيه لا تتحقق بالامتزاج ومثله المثلي مع اختلاف
الجنس او الوصف وما ذكر من الحيلة احد الامثلة ومثله ما لو وهب احدهما صاحبه حصة من ماله ووهبه
الاخر كذلك او باعه حصة بثمن معين ثم اشترى به حصة من الاخر الى غير ذلك من الوجوه الناقلة
والمراد بالشركة في جميع هذه الموارد الشركة المعرفة لا الشركة بالمعنى الخاص وهي الاذن في التصرف والحكم
فيهما على الاخير واصح انه لم يحصل من ذلك سوى الامتزاج واما الابتياع ونحوه فلعدم دلالته على الاذن في
التصرف حتى في البعض للعامة حيث سوغها به كما لو قال اشتركنا ونحوه قوله ولا تصح بالاعمال كالخياطة
والنساجة لا فرق في ذلك بين ان يتفق عملهما بان يكون كل واحد خياطا او يختلف بان يكون احدهما
خياطا والاخر نجارا او يجعل كل واحد منهما في صنعته ولا بين كون الشركة البدنية في مال مملوك او تحصيل
مال مباح كالاصطياد والاحتطاب لان كل واحد يتميز بيديه ومنافعه فيختص بفوائده كما لو اشتركا
في ماليهما وهما متميزان ولا خلاف عندنا في بطلان شركة الاعمال الا من ابن الجنيد حيث اجازها مع تساويهما

الفضل

الفضل او عمل احدهما وحده متبرعاً على الاخر بشاركته في عمله واما الغا... فمن وافقنا على بطلانها ومنهم من اجازها
مطلقاً ومنهم من اجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما ومنهم من اجازها في غير اكتساب المباح نعم
لو عمل مع واحد باجرة او دفع اليهما شيئاً واحداً عوضاً عن اجرتهما تحققت الشركة انما يتحقق في مال هذه الحر
لواجرا انفسهما في عقد واحد لتشبه شركة الابدان بحسب الصورة وان كان في المعنى راجعاً الى شركة الاموال
اما اذا اجر كل واحد نفسه منفرداً واستحق اجرة منفرداً ثم ادى اليهما مالاً خاصة صورة ومعنى لا فرق في
جوازها بالمعنى الاول بين ان يكون عملاهما مختلفاً ومتفقاً ولا بين ان يعلم نسبة احد العملين الى الاخر
وعدمه لان الاشتراك في الصفة المنعقدة بالعلم بعوض المجموع لا الاجزاء واجرة المجموع هنا معلومة ومع
انقسم عليهما على نسبة العمل وطريقه معرفته ان ينسب اجرة مثل عمل احدهما الى اجرة مثل العملين ويوخذ من المسمى مثل تلك
النسبة هنا مع العلم بالنسبة ومع الجهل يحتمل ما تقدم من التساوي والصلح والثاني اقوى وكذلك القول في كل
ما ليس متميزاً بحصول وقد كل منهما قوله ولا بالوجوه لشركة الوجوه تفسيرات اشهرها ان يشترك اثنان وجيهان
عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي ليبتاعا في الذمة الى اجل على ان ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما او
فيبيعان ويؤديان الاثمان وما فضل فهو بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل
ويشترطا ان يكون الربح بينهما وقيل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال
من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه والربح بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة
ربح ليكون بعض الربح له والكل عندنا باطل خلافاً لابن الجنيد فانه جوزها بالمعنى الاول ولابي حنيفة
مطلقاً فاذا اذن احدهما للاخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء لهما وكانا شريكين لانه بمنزلة
الوكيل وقد اشترى باذنه فيشترط شروط الوكالة ولو كان المال لاحدهما وباع الاخر سواء كان خاملاً ام لا
صح البيع بالوكالة وللمباشرة اجرة المثل بعمله ولا شيء له في الربح قوله ولا شركة المفاوضة هي ان يشترك شخصان
فصاعداً على ان يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم فيلتزم كل واحد
منهما ما يلزم الاخر من ارش جناية وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة لضمان وكفالة ويقاسمه
فيما يحصل له من ميراث ويجده من ركاز ولقطة ويكتسبه في تجارة بماله المختص به ولا يستثني من ذلك الا قوت
يومه وثياب بدنه وجارية يتسراها فان الاخر لا يشاركه فيها وكذا يستثنى من الغرم الجناية على الحر وبذل
الخلع والصداق اذا لزم احدهما وقال صاحب اصلاح المنطق شركة المفاوضة ان يكون مالهما من كل شيء
يملكانه بينهما وهو مخصوص بما ذكرناه لاستثنائه القابل لها ذلك وهي باطلة الا عند ابي حنيفة ومن
شذ قوله وانما تصح بالاموال لا خلاف بين المسلمين في صحة الشركة بالاموال وهي المعبر عنها بشركة
العنان بكسر العين ككتاب وهي سير اللجام الذي يمسك به الدابة واختلفوا فيما اخذت منه هذه اللفظة
فقيل من عنان الدابة اما لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح على قدر راس المال

كاستواء طرفي العنان او تساوي الشريكين في الربح اذا تساويا في رأس المال وتساويا في الخسران كما يكون ان سواء واما لان

كل واحد منهما يمنع الاخر من التصرف كما يشتهي ويريد كما يمنع العنان الدابة واما لان الاخذ بعنان الدابة

حبس احدى يديه على العنان ويده الاخرى مطلقة يستعملها كيف شاء كذلك الشريك منع بالشركة

نفسه عن التصرف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرف في سائر امواله وقيل من عن اذا ظهر اما لانه

ظهر لكل منهما مال صاحبه او لانها اظهر انواع الشركة ولذلك اجمع على صحتها وقيل من المعانة وهي المعارضة

فان كل واحد منهما عارض بما اخرجه الاخر وانقد غير ذلك فالمراد بصحة الشركة بالاموال يحتمل كونه في

الشركة بالمعنى الاول كما يقتضيه السياق وكونه فيها بالمعنى الاخر لان الغرض الذاتي منهما ولذا لا اثر

تعرض بيعها عليه قال في التذكرة شركة العنان وهي شركة الاموال هي ان يخرج كل منهما مالا ويمزجاه ويشترطا

العمل بابدانهما فيه على ان ما فوائد المال عقيبه ويتساوى الشريكان في الربح انتهى فيكون هنا اولا الشروع

في الشركة بالمعنى الثاني وح فلابد لهما هذا المعنى مع اشتراكهما في المالين من صيغة تدل على الاذن في التصرف لانهما

ممنوعان منه كسائر الاموال المشتركة وهي كل لفظ يدل على الاذن فيه على وجه التجارة سواء كان قبل الامتزاج ام بعده

وسواء وقع كل منهما للاخر ام اختص باحدهما وهذا المعنى لحقت لقسم العقود وعلى تكلف لبعضهم ترتب عليها

احكام بذكرها المصنف بعدها قوله ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المال ولو كان لاحدهما زيادة

كان له من الربح بقدر راس ماله وكذا من الخسارة لا شبهة في كون الربح تابعا للمال لانه نماؤه فاذا كان مال

احدهما ازيد من مال الاخر فله من الربح نسبة ماله وان عملا معا لتراضيهما بذلك على وجه لا يخالف

الشروع حيث جعل الربح تابعا للاصل وخالف في ذلك بعض العامة فمنع من الشركة مع عدم استواء المالين

في القدر لاتفاقهما في العمل كما لا يجوز ان يختلفا في الربح مع اتفاقهما في المال ويندفع بان المعتبر في الربح

المال والعمل تابع فلا يضر اختلافه كالخسر مع تساويهما في المال عند الكل وان عمل احدهما اكثر قوله ولو شرط

لاحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين او التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين قيل

يبطل الشركة اعني الشرط والتصرف الموقوف عليه وياخذ كل منهما ربح ماله ولكل منهما اجرة مثل عمله بعد

وضع ما قابل عمله في ماله وقيل تصح الشركة والشرط والاول اظهر ح اذا اشترطا تساوي الربح مع تساوي المالين

او تفاوتهما مع تساويهما فللاصحاب فيه اقوال احدها الصحة ذهب اليه المرتضى وتبعه جماعة منهم العلامة

والدليل عموم اوفوا بالعقود والا ان تكون تجارة عن تراض وقد وقع على اشتراطه وحق المؤمنون

عند شروطهم ودلالة الاجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الادلة ولاصالة الاباحة و

بناء الشركة على الارفاق ولكل منهما من جملته موضع النزاع والثاني البطلان ذهب اليه الشيخ وابن ادريس

والمصنف وجماعة اعراضون لانتفاء الدليل الدال على الصحة ولانه اكل مال بالباطل لان الزيادة ليس في مقابلها

عوض لان الفرض انها ليست في مقابلة عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم الى احد العوضين

ولا انتفى

ولا اقتضى تملكهما عقد فيجري الاسباب المثمرة للمالك معدوم ولىس هذا الصحيحا فيكون اشتراطهما
اشتراطا لتملك شخص مال الغير بغير سبب ناقل للملك كالو دفع اليه ليحمل عليها والحاصل انه يبطل
العقد المتضمن له اذا لم تقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير وقد افاده فلا
يندرج في الامر بالايفاء بالعقود ولا في المؤمنون عند شروطهم وليست الشركة تجارة الا ان يكون الشرط للعامل
وجوازه مسلم فلا منافاة ولا ايتراثر التراضي وهذا يتم مع عدم زيادة عمل من شرطت له الزيادة والا لكان معاوضة
وتجارة ولا بد وعليه ما ذكر فينبغي على هذا تقييد المجوز بذلك والثالث في المال لصالح صحة الشركة دون
الشرط وجعل شرط الزيادة اباحة لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية وهو مبني على ان الشرط الفاسدة
لا يفسد العقد وقد تقدم ضعفه اذا تقرر ذلك فمعنى بطلان الشركة على القول بالشركة بالمعنى الثاني
وهو العقد الدال على الاول في التصرف لا الشركة المعنوية ابتداء الا ان امتزاج المالين محقق والبطلان شامل
المص بقوله اعني الشرط او التصرف وقال الشهيد في شرح الارشاد ان الموصوف بالصحة والبطلان ليس
نفس الشركة العنانية اذ لا يمكن وقوعها على وجهين بل المراد به نفس الشرط وما توقف عليه كالاذن
في التصرف وفيه نظر لان الشركة العنانية بالمعنى ذكرناه يوصف بالصحة والبطلان بل ليس الغرض من
الشركة الا هو الا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يمنع من كون الشركة بمعنى العقد
المذكور هي العنانية كما يظهر من التذكرة انها مركبة من مزج المالين والعقد لكن يشكل بانها اذا لم تكن شركة
العنان في احد الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق
الشركة في المذكورات وما تقدم من انها تطلق على المعنيين معا لكنه في الثاني اظهر وكيف كان فالباطل
هو الشركة بمعنى العقد المذكور ثم على القول بالبطلان اما مطلقا او على بعض الوجوه يثبت لكل واحد
اجرة مثله ويقسمان الربح على نسبة المالين ويتقاصان ولو اصطلحا بعد ظهور الربح على ما شرطاه او لا
او على غيره صح على ما سلف في الصلح قوله هذا اذا عملا في المال اما لو كان العامل احدهما وشرط الزيادة
للعامل صح ويكون بالقراض اشبه صحة الغرض المذكور واضحة لكون الربح في مقابلة عمل فيكون العقد
شركة وقراضا ويلزم مثله فيما اذا عملا معا وشرطت الزيادة لمن زاد في العمل اما مع تساوي المالين و
زيادة عمله او مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل او زيادته بطريق اولى لاشتراك الجميع في كون
الزيادة في الربح في مقابلة عمل وكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر الى ان العمل متقوم
بالمال ولكن المص اطلق المنع مع عملهما كان انه لعلامة اطلق الجواز معه والتفصيل حسن قوله واذا اشترك المال
لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الا مع اذن الباقين اراد الشركة بالمعنى الاول ومتى نفذ التصرف على اذن
الشركاء واضح لقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ولا فرق في ذلك بين كون الشيء المشترك بمزج غيره ولا في المزج
بين كونه بفعلهما او غيره فان الاذن في التصرف امر زائد على مفهوم الشركة بذلك المعنى قوله فان اطلق له الاذن

تصرف كونه الشيء من وجوه التجارة والاسترباح وما فيه مصلحة الشركة من البيع والشراء مرابحة ومساومة وتولية
ومواضعة حيث يقتضيها المصلحة وقبض الثمن واقباض المبيع والحوالة والاحتيال والرد بالعيب ونحو ذلك كما
في الوكيل المطلق وهل يتناول الاطلاق لفظ السفر حيث شاء ام يمتنع مطلقا الا باذن خاصة وجهان من دخوله
في الاطلاق واشتماله على مظنة الربح [illegible] ومن كونه مظنة الخطر ويخرج من الاطلاق منفصل ولا يجوز له ان
شيئا من ذلك الا مع المصلحة كالابتياع والمحاباة في البيع ولا المضاربة عليه لان ذلك ليس من توابع
التجارة فلا يتناوله الاطلاق قوله ولو عين له السفر جهة لم يجز له الاخذ في غيرها او نوعا من التجارة لم
يتعد الى سواها الا باذن مع تعيين الجهة والنوع يتعين ان [illegible] عن غيرهما وسكت عنه لبقاء المتروك على
اصل المنع ثم لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة لان الاذن لم يبطل ولو خالف في نوع التجارة كان فضوليا
فيبطل مع رده وكذا يضمن لو عين له جهة من السفر وغاية معينة فتجاوزها في تلك الجهة قوله ولو تعدى
المتصرف ما حد له ضمن لا فرق في التحديد بين ان يدل عليه عموم اللفظ وخصوصه فلو سافر اعتمادا على
اطلاق الاذن وقلنا انه لا يتناوله ضمن والحد قد يكون باعتبار نوع التجارة وزمانها ومكانها وعلى
كل تقدير يحصل بمخالفة المأذون ولا تبطل الشركة بذلك قوله ولكل من الشركاء الرجوع في الاذن و
المطالبة بالقسمة لانها غير لازمة الشركة بعينها غير لازمة واشار الى الاولى بقوله والمطالبة وهو
بالقسمة والى الثانية بقوله الرجوع في الاذن اما الاول فظاهر اذ لا يجب على الانسان مخالطة غيره في ماله
والاصل ان يتصرف كل منهما في ماله كيف شاء ومن جملته افرازه واما الثانية فلان مرجعها الى الاذن في التصرف وهو في
معنى الوكالة فتكون جائزة والانسب في قوله غير لازمة ان يكون اشارة الى الثانية لان الموصوف بالجواز
واللزوم هو العقد قوله ولو شرط التاجيل في الشركة لم يصح ولكل منهما ان يرجع متى شاء المراد صحة التاجيل
المنفية ترتب اثرها بحيث يكون لازما الى الاجل وانما لم يصح لانها عقد جائز فلا يؤثر شرط التاجيل فيه بل
لكل منهما فسخها قبل الاجل نعم يترتب على الشرط عدم جواز التصرف بعده الا باذن مستانف لعدم تناول
الاذن له فلشرط الاجل اثر في الجملة قوله ولا يضمن الشريك ما تلف في يده لانه امانة الا مع التعدي لما
قد عرفت انه وكيل فيكون امينا من قبل المالك قوله ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف سواء ادعى
سببا ظاهرا كالغرق او خفيا كالسرق لحكم بامانته يقتضي قبول قوله في التلف ولانه لولاه لامكن صدقه
في نفس الامر فلو لم يقبل منه لطولب بالعين وادى الى تخليد الحبس وبه بالتسوية بين الامرين على خلاف
بعض العامة حيث فرق بينهما فقبل في الخفي دون الظاهر لا بالبينة قوله وتبطل الاذن بالجنون والموت
لبطلان الوكالة لانها في معناه والاغماء والحجر للسفه والفلس ثم في صورة الموت يكون القسمة للوارث
ان لم يكن دين ولا وصية والا توقف على الانتقال اليه وعدمه قوله القسمة وهي تمييز الحق عن غيره وليست
بيعا سواء كان فيها رد او لم يكن ذكر في هذا الكتاب نبذة من احكام القسمة لمناسبة المقام واخر باقي الاحكام الى

لكتاب

الا الكتابة لفظا ولو جمعهما الكتابة اعلم ان القسمة عندنا تميز حق الشركاء عن حق الآخر وليست بيعا وان
اشتملت على رد لانها لا تفتقر الى صيغة ويدخلها الاجبار في غير ذلك ولا يدخلها الجبر في البيع ويقدر احد
النصيبين بقدر الآخر مع تساويهما والبيع ليس في شيء من ذلك واختلاف اللوازم والخواص الحقيقة يدل
على اختلاف الملزومات والمعروضات وخالف في ذلك العامة مطلقا وفي قسمة الرد بعضهم لان كل جزء
بين الشريكين فيختص كل واحد بجزء معين فاذا ارسل الآخر عنه من مقدره وهو ملك في الجزء الآخر
على جهة التراضي يقتضي البيع لان ذلك حده وهذا انما يتم على تقدير تسليم كون البيع كذلك وهو بعيد واضح
بل البيع له صيغة خاصة ايجابا وقبولا لا تحد فيها القسمة ولا يلزم من المشاركة في بعض الاحكام الاتحاد ونظير الفائدة
في الشفعة وفي بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض قبله في البيع وفي قسمة الوقف من الطلق وفي
خيار المجلس وغير ذلك قوله ولا يصح الا باتفاق الشركاء اي لا يصح مطلقا او لا يصح من احد الشركاء بدون مراجعة
الشريك او من يقوم مقامه والا فسيأتي انه قد يصح ان يجبر الممتنع على بعض الوجوه مع ان المجبر غير راض ولقد كان
يغني عن هذا الحكم ما بعده لما فيه من الايهام قوله وكل ما ليس في قسمته ضرر يجبر الممتنع مع التماس شريكه القسمة لا
خلاف في اجبار الممتنع على قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة ولكن اختلفوا في معنى الضرر المانع من الاجبار ومنهم
يعرف فيه على اقوال احدها نقصان القيمة نقصانا لا يتسامح فيه عادة لان فوات المالية مناط الضرر في
الاموال ولقوله لا ضرر ولا اضرار وهو عام وثانيها عدم الانتفاع بالنصيب منفردا والنقص منه الضرر في
الجرح واضاعة المال المنهي والمنهي عنه وثالثها عدم الانتفاع به منفردا فيما كان ينتفع به مع الشركة
مثل ان يكون بينهما دار صغيرة اذا قسمت اصاب كل واحد منهما موضع ضيق لا ينتفع به في السكنى كالاول
وان امكن الانتفاع به في غير ذلك وهذا اعم من الثاني بحسب المحل والثاني اعم بحسب الاستغراق والاقوى
اعتبار الاول خاصة فاذا تحقق ذلك فيما تساوت اجزاؤه كالحبوب والادهان يقسم قسمة اجبار على جميع الاقوال ومثله
الثياب المتعددة المتحدة في الجنس التي يمكن تعديلها بالقيمة وكذا الحيوان والعبيد على الاقوى والحمام
الضيق والرحى ذات المدار الواحد ونحوهما لا يجوز قسمتها قسمة اجبار على الاول والثالث والجوهرة الواحدة
الصغيرة لا تقسم كذلك اجماعا لعدم الانتفاع بجزئها نعم لو كانت كبيرة بحيث يعتد بجزئها في بعض
المركبات من المعاجين المفرحة ونحوها خرجت من الثاني والمراد بالمجبر للممتنع في هذا ونظايره الحاكم
الشرعي ومع تعذره ففي جواز استبداد الشريك بها وجه لجبر الاضرار واعلم ان ما لا ضرر في قسمته اعم
من كونه مشتملا على رد وعدمه وانما يجبر الممتنع مما لا ضرر فيه مع عدم اشتماله على الرد لانه يكون كبيع
جزء من المال ولا يجبر عليه احد هنا وادخاله في قسم الضرر غير مصطلح هنا قوله ويكون بتعديل السهام و
القرعة اي يكون القسمة الاجبارية تامة بذلك فمتى حصلت القرعة لزمت سواء كان المتولي لذلك
قاسم الامام ام المتقاسمين وان اشتملت على رد وكان القاسم منصوبا لزمت بها ايضا والا توقف على

تراضيهما بعدها لاشتمالها على المعاوضة ولا بد من لفظ يدل عليها او فعل ما دل على الرضا قوله وكل ما فيه ضرر كا
لجوهر والسيف والعضائد الضعيفة لا يجوز قسمته ولو اتفق الشركاء على القسمة قد عرفت معنى الضرر في ذلك
واشتمالها المصادر محتملة الاقوال فان قسمة الجوهر يزيل القيمة غالبا والسيف ينقصها والعضائد يفوت المنفعة
بالجزء على الوجه الذي كان ينتفع بها فيه او لا فلا نعلم مختاره من الاقوال ولكن سيأتي ان شاء الله في كتاب القضاء
انه يختار كون الضرر نقص القيمة وحكم هنا بعدم جواز قسمة ما يشتمل على الضرر وان اتفقا على القسمة غير معروف
وانما العمدة والذي ذكره هو في نافعه وغيره ان القسمة المشتملة على ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنها تصح بالتراضي
خصوصا مع تفسير الضرر بنقصان القيمة فان مجرد ذلك لا يبلغ حد المنع نعم لو فرض بطلان الانتفاع به كلية من حيث
يستلزم ايضا تضييع المال بغير عوض لانه اذا لم ينتفع بالاجزاء لا فائدة في القسمة بل هو محض الاتلاف قوله ولا
يقسم الوقف لان الحق ليس منحصرا في المتقاسمين هذا اذا كان الواقف واحدا واما التعدد في الموقوف عليه
كالبطون المتعددة فان الحق يتغير بزيادتها ونقصانها فربما استحق بعض بطون المتقاسمين اكثر مما ظهر
بالقسمة لو تمم وبالعكس وكذا لو تعدد الواقف واتحد الموقوف عليه كما لو وقف جماعة على شخص وعلى
ذريته واخر على غيره وكذلك حال الوقف عليهما الاقتسام بحيث يميز ان كل وقف على حدة وكذا الذريتين ما دون
الذرية الواحدة ولو كان التعدد فيهما على غير هذا الوجه كما لو وقف اثنان على كل واحد من الاثنين فالحكم
حكم المتحد والضابط ان الوقف الواحد لا يصح قسمته وان تعدد الوقف والمصرف وهو المراد بالعبارة
قوله ولو كان الملك الواحد وقفا وطلقا صح قسمته لانه تمييز للوقف من غيره هذا اذا لم يشترط على رد او
وكان الرد من الموقوف عليه لانه زيادة في الوقف ولو انعكس لم يصح لانه كبيع جزء من الوقف ثم على تقدير
الرد من الموقوف عليه هل يصير جميع حصته وقفا ام يكون ما قابل الرد من الحصة ملكا له لانه معاوض
عليه احتمالان والثاني اوجه نعم لو كان في مقابلة الرد وصف محض كالجودة كان الجميع وقفا لعدم
قبوله للانفصال ولا فرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحد والمختلف قوله لو دفع
انسان دابة واخر راوية الى سقاء على الاشتراك في الحاصل لم ينعقد الشركة وكان ما يحصل للسقاء وعليه اجرة
مثل الدابة والراوية بطلان هذه الشركة ظاهر مما سبق لانها مركبة من شركة الابدان وشركة الاموال
مع عدم مزج فيقع باطلا ولا يكون من صاحب الدابة والراوية اجارة لان الاجرة غير معلومة فالحاصل
من العمل للسقاء وعليه لاخوانه اجرة مثل ما لهما لاجل ذلك العمل وهذا يتم مع كون الماء ملكا للسقاء او مباحا
ونوى الملك لنفسه او لم ينو شيئا اما لو نواه لهم جميعا كان كالوكيل والاقوى انهم يشتركون فيه ويكون
اجرة واجرة الراوية والدابة عليهم اثلاثا فيسقط عن كل واحد ثلث الاجرة المنسوبة اليه ويرجع على كل
واحد بثلث ويكون في سقيه للماء بمنزلة الوكيل لاذنهم له في التصرف فان قلنا ببقاء الاذن الضمني مع
فساد المطابقي والا توقفت المعاوضة على الماء على اجازتهما فان اجازا او فات بعدم الاتفاق فلهما

فلهما

فالحاصل من العمل بينهم اثلاثا ويرجع كل واحد على الآخر بثلث نفرض او ما الرفلي وعنا السقا حصل
اربعة وعشرين كانت اجرة مثله خمسة وعشرين واجرة الدابة اثني عشر والراوية فلكل واحد منهم ثمانية
لانه عوض ما لهم بناء على ما اخترناه من جواز التوكيل في حيازة المباح وسياتي تحقيقه ثم يرجع على كل واحد
منهما الخمسة ويرجع صاحب الدابة على كل واحد باربعة وصاحب الراوية بدرهم فياخذان من السقا خمسة
ويعطيانه عشرة يفضل له ثلثة ويأخذان من صاحب الدابة ستة ويعطيانه ثمانية يبقى معه عشرة ويأخذان
من صاحب الراوية تسعة ويعطيانه درهمين يفضل له من المجموع درهم فالمجتمع معهم اربعة وعشرون وهي الحاصل
من عوض الماء ولو حكم من المجموع للسقاء ولم يف باجرة مثل ما لهما غرم لهما الزائد وانما حكم المص هنا بلزوم
الاجرة خاصة لما سياتي من حكمه بعدم جواز التوكيل في تملك المباحات قوله لو حاز صيدا او احتطب او احتش
بنية انه له او لغيره ولم ينو تلك النية وكان باجمعه له خاصة هذا الحكم انما يتم لو لم يكن وكيلا للغير في ذلك
والا اتى الاشكال الذي ذكره في توقف تملك المباح على النية فانا لو قلنا بتوقفه وكان وكيلا ثبت الملك
لهما ولو قلنا بعدم توقفه ثبت الملك للحائز نظرا الى حصول علة الملك وهي الحيازة فثبت المعلول من وجود
المانع الملك وهو نية عدمه بل اشارته لغيره فلا يلزم من القول بعدم توقف تملك الحائز على النية عدم
توقفه وعدم النية المنافية من الملك والا لكان الملك قهريا وان لم يرده كالارث ولا دليل عليه والا
لكان من نحى حجرا عن الطريق او عطف غصن شجرة او حفر حفيرة وشرب [illegible] ملكها ولا يجوز لاحد بعده التعرض له
وهو بعيد جدا ويمكن اندفاع ذلك على تقديره بان يعد الاعراض عنه بعد ذلك اباحة له للغير كالنقير
كالنوى والعوض المال اليسير وبقاء الثمرات والسنبل ونحو ذلك بل هنا اولى وبالجملة فقوى الحكم بملك الحائز
بنية انه له او للغير اجمع نظرا على القولين ولعل الاقوى ان لا يملك الا ما نواه لنفسه ويبقى في الباقي ما سياتي
قوله وهل يفتقر الحائز في ملك المباح الى نية التملك قيل لا وفيه تردد منشاءه التردد في انه هل سبب
للملك ولهذا يجوز الشهادة به بمجردها ولا لمناسبته في الجملة قطعا وانما الشك في توقفه على امر آخر والاصل
عدمه ومن اصالة عدم الملك في المباح خرج منه ما حصل بالحيازة والنية معا فيبقى الباقي ويحكم
بان ما يوجد في جوف السمكة التي اصطادها الاباحة يكون للواحد مع تحقق الحيازة لها وانما تخلفت
النية لعدم [illegible] واجيب بان ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءا منها مثل هنا لا يعد مجوز الحيازة لها
لو سلم فغايته ما يلزم القصد الى المحوز والتشوق به ولو تبعا لا النية وفيه نظر لان الاول مصادرة
محضة اذ لا شك في حصول معنى الحيازة لجميع ما صار تحت يده كيف يدفع واشتراط العلم في تحقق
الحيازة غير واضح لان مرجعها الى الاستيلاء ووضع اليد فاعتبار امر لا دليل عليه ولان اجزاء السمكة
الداخلة غير متعين لها والقصد الى [illegible] والذي بتمييز نية اذ لا يعتبر في النية سوى قصد الحيازة لنفسه
والفرق بين الاجزاء وباقيها لا معنى له لانه حصل بالقصد الى الاجزاء اجمالا لا كاختلاف باقي الامعاء الا انه يحوز

والنية وان سلم عدم تعلقها به لكنها لم ينفع عنه بحيث يعد معرضًا فعدم ملك المحيز ليس لسبب الاقوات
النية قيل لو اشترطت النية في حصول الملك لم يصح البيع قبلها لانتفاء الملك والثاني باطل لاطباق الناس
على صحته من غير تورد على العلم بحصول النية حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما هو بيع ام استفاد
لعدم نية الملك قدم مدعي الملك قلنا لا يلزم من دلالة اليد على الملك ظاهرا وجعل الشارع ذلك حلا متر
عليه كونها دليلا كاشفا عن الواقع وانما جعلت دليلا عند اشتباه الحال ليقوم به نظام النوع اذ لولاه لما قام للمسلمين
سوق ومتى علم تخلف الملك عنها انتفى حتى لو وضع المحيز يده على شيء غيرنا وملكه لم يكن فيما بينه وبين الله مالكا لعدم
حصول ما يوجبه فانه لم يقصد الحيازة ولا الملك وانما اتفق له قبضه بيده ومع هذا يحكم له ظاهرا بالملك فلو ما
ادعاه انه ثبت الملك ولا الحيازة وانما وضعت يده عليه عبثا كيف يحكم له بالملك فهذا هو مما لا دليل عليه وعلى
فالذي اطبق الناس عليه من البناء على اليد على ظاهر الملك لا الحكم بالملك في نفس الامر وكذلك الكلام انما
هو في تحقق المحيز فيما بينه وبين الله تعالى لا بحسب الظاهر وفرق بين الامرين وقد كان الامام فخر الدين اورده
على والده مسئلة بيع الحائز قبل نية الملك فاجابه بان نية البيع يستلزم نية الملك وهو حق لان الغرض من
هذه النية مجرد قصد الاختصاص وارادة البيع دالة عليه ونقض عليه بان يبعد ولا ينحصر في المباشرة
بل قد يتفق من الوكيل والوارث الذي لا يعلم بالحال وجوابه كما تقدم من انه حكم بتصرف مبني على الظاهر
وان كان في نفس الامر لم يتحقق الملك ومثله كثير واورده ايضا حيازة الصبي والمجنون فانهما لا قصد لهما
ولا يعتد باختيارهما وجوابه ومنع ذلك فان الصبي المميز يعتبر قصده واختياره في كثير من الاحكام الشرعية
واما المجنون فامره غير منضبطة فان من المجانين من يقصد الى الاختصاص مما يحوزه وهو عليه اشد
حرصا من كثير من العقلاء ولا شك في حصول الملك لهذا النوع ومنهم من لا قصد له وهذا لا يملك التملك
المباح بمجرد الحيازة وبالجملة فالحكم في ذلك ان بني على الحكم في نفس الامر فمتى لم يحصل القصد الى الاختصاص
بالمباح فالاصل يقتضي عدم الملك واستصحاب حكم المباح هذا بالنظر الى المحيز نفسه واما بالنظر الى غيره
فاذا راى تحت يده شيئا من ذلك يحكم له به ظاهرا ولا يجوز له شراؤه منه بغير اذنه لان اليد جعلها الشارع دليلا
ظاهرا على الملك ومن هذا الباب ما يجده في الحبال من الحطب والخشب ونحوهما من المباحات التي قد حصل
عليها اثر اليد فانه يحكم لصاحبها عملا بظاهر اليد ولا يلتفت فيه الى اصالة عدم النية لان اليد شرعا حجة
شرعية اقوى من هذه الاصالة وغيرها فاذا راينا اشياء شهد القراين الحالية على ان محيزها لم ينو التملك
كالمقطوع لغرض من الاغراض كاصلاح طريق او اطعام دابة ونحو ذلك لعدم تعلق الغرض الباقي فالاصل فيه
البقاء على الاباحة مع احتمال المنع هنا عملا بظاهر اليد وان كان الفاعل فيما بينه وبين الله تعالى لم
يحصل ونظيره الفايدة فيما لو راى الفاعل احدا او جماعة بعد ذلك فقد ثبت المشرع بتقدم قوله عملا بظاهر
اليد وفيما بينه وبين الله تعالى لا يجوز اخذه له منه لعدم حصول الملك واعلم ان المسئلة موضع

تردد الكثير من اكابر الفقهاء كالمص في باب الديات والشيخ والعلامة في كثير من كتبه وجماعة اخرين من حملة الاقوال

فيها ترجع الى ثلثة الاكتفاء بمجرد الحيازة والافتقار معها الى النية والاباحة مع عدم نية عدم الملك

فلو نوى عدمه لم يملك وهذه المسألة لا يتعلق بكتاب الشركة الا بواسطة مسألة سقاء او الصياد

ونحوهما الا انها كالمقدمة فلو ذكرها كالمقدمة ونستحكمها عليها لكان اوفق بالموضع قوله لو كان بينهما مال

بالسوية فاذن لاحدهما الخ اصطلح الفقهاء على ان يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا الا قوله يكون بضاعة

المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليتجر فيه متبرعا قال في الصحاح البضاعة طائفة من مالك تبعثها

للتجارة تقول ابضعته واستبضعته جعلته بضاعة وانما كان هذا بضاعة لانه لم يشترك في الربح فلا يكون

قراضا ولا شركة لانه يعمل معه في مال مشترك على عمل المشتركين فاذا عمل الشريك وحده كان الربح بينهما على نسبة

المال وعمله معونة وتبرعا لانه لم يشترط لنفسه في مقابلته عوضا قوله اذا اشترى احد الشريكين فادعى

الاخر انه اشتراه لهما وانكر فالقول قول المشتري مع يمينه لانه ابصر الى قوله ايضا قوله لما قلناه الوجه في

الاول انه وان كان وكيلا الا انه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة لانها ليست لازمة فاذا نوى الشراء

لنفسه وقع له فيقبل قوله في دعواه نيته ذلك مع يمينه لانه ابصر بنيته وانما يتوجه دعوى الشريك عليه اذا

جعلها على وجه مسموع بان يدعي اقراره بذلك ونحوه اما لو ادعى الاطلاع على نيته ذلك لم يكن مسموعا لانه

محال فلا يمكن معرفته الا منه قيل نعم لو جعلها تهمة الخبر فيها كما في دعوى التهمة لانها من الامور الخفية

واما الثانية فانه وكيل والوكيل قوله مقبول في الفعل الموكل فيه كما سيأتي قوله لو باع احد الشريكين سلعة

بينهما وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم الثمن الى البايع الى قوله لارتفاع التهمة اما براءته من حق المقر

فلاعترافه بوصول حقه الى وكيله وهو البايع واما قبول شهادته على المقر على القابض اي المدعى عليه

القبض وهو البايع في النصف الاخر وهو نصيب البايع فلعدم التهمة في هذه الشهادة لانه لو شهد و

لنفسه على شريكه والشهادة على شريك مقبولة هذا اذا كانت شهادته بقبضه لحصته خاصة اما لو كانت

الشهادة بقبض الجميع ففي قبولها نظر من عدم سماعها في حصة الشاهد فيتبعض الشهادة اذا ردت

في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي ام لا وجهان واعلم ان هنا دعويين احديهما بين المشتري و

البايع والثانية بين الشريكين والمص ذكر حكم الاولى دون الثانية مع ان الثانية بباب الشركة اولى

اما الاولى فان تقدمت فطالب البايع المشتري بنصيبه من الثمن فادعى وصوله اليه فان اقام البينة برئ

من الحقين اما من حق البايع فبالبينة واما من حق الشريك فيها او بالاقرار وتقبل هنا شهادة

الشريك المقر على البايع بالاداء اليه ان كان عدلا اذا شهد بحصة البايع خاصة لانتفاء التهمة

وفي شهادته بالجميع ما مر وان لم يكن للمشتري بينة بالاداء فالقول قول البايع مع يمينه فان حلف

استحق اخذ نصيبه خاصة لاعتراف شريكه ببراءة المشتري من حقه بقبض وكيله وبطلان

وكالته بقبض مستقل لو كالته ولا يشارك [illegible] شريك البايع فيما نقبض وان كان المال في اصله مشتركا

قد حصر [illegible] من المشتري الباقي لاعترافه بان هذا المقبوض ظلم وان الحق في ذمة البايع بالقبض

الاول ولو نكل البايع عن اليمين ردت على المشتري فان حلف انه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة

وان نكل الزم بنصيب البايع وان لم نقض بالنكول لاصالة بقاء الثمن في ذمته حيث لم يثبت الاداء

بحصة البايع وحيث يثبت الاداء الى البايع بالبينة فللشريك المطالبة بحصته لانه ثبت ذلك بشاهد

ويمين او باليمين المردودة على المشتري او بنكول البايع ان قضينا به لان ذلك انما يثبت في حق المتخاصمين لا في

حق غيرهما واما الدعوى الثانية بين الشريكين فان اقام الشريك البينة بقبض البايع طالبه بحقه كاملا والا فا

القول قوله في عدم القبض فان حلف انقطعت عنه الدعوى وان نكل او رد اليمين حلف الشريك واخذ المقر له

منه حصته ولا يرجع البايع بذلك على المشتري لاعترافه بظلم الشريك في فعله لانقطاع وكالته بفعله في

متعلق الوكالة كاملا وبراءة المشتري من دين لاذن باقراره فلا يتحقق ان البايع ادى دين المشتري

فيرجع به هذا الحكم الخصوصيتين اذا تقدمت الاولى ولو تاخرت الثانية فالحكم كاملا الا ان الشريك المقر لا

تقبل شهادته على البايع لسبق خصومته واما المشتري فلا يقبل شهادته للمقر على التقديرين قوله ولو ادعى

تسليمه الى الشريك فصدقه البايع لم يبرأ المشتري من شيء الى قوله فالقول قوله مع يمينه النزاع في هذه المسألة

مع شريك البايع الاذن في قبض البايع وهي في مقابلة الاولى وجملة احكامها ان البايع اما ان يكون قد

اذن للشريك في قبض حصته اولا وعلى التقديرين فاما ان يكون الشريك المدعى عليه اذنا ايضا للشريك

في القبض اولا فان كان الشريك مأذونا له في القبض برئ المشتري من حصة البايع لاعترافه بقبض وكيله

ثم يبقى هنا خصومتان كما تقدم احديهما بين البايع والشريك والاخرى بين المشتري والشريك في المقبوض

والحكم هذا القسم لامكان استنباطه مما تقدم وان لم يكن مأذونا له في القبض لم يبرأ المشتري من حصة

البايع فلم تتوجه بينهما خصومة لانه لم يدفع حصته اليه ولا الى وكيله ولا من حصة الشريك لانكاره

فيقدم قوله بيمينه مع عدم البينة ثم اذا طالب البايع بحصته فللشريك مشاركته فيه لانكاره القبض

كما في قبض كل مشترك وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقه فان شاركه سلم البايع ربع الثمن

خاصة وليس للبايع مطالبة المشتري بعوضه لاعترافه بظلم الشريك له في المشاركة وبراءة ذمة المشتري

والغرامة الى الوكالة بقبض الشريك واما الشريك فيشكل حصته من المشتري على تقدير المشاركة للبايع

لان حقه منحصر فيهما قوله وقيل تقبل شهادة البايع والمنع في المسألتين اشبه اي تقبل شهادة البايع

للمشتري في قبض الشريك منه لعدم التهمة حيث ان الشريك ليس وكيلا للبايع وحق البايع باق على

المشتري على التقديرين فليست الشهادة مبعضة كالاولى نعم لو كان الشريك مأذونا في القبض تبعضت

الا انه غير مقبوض للمدعي ووجه المصنف من المنع انه وان لم يكن شريكا [illegible] الا ان الشهادة تجر نفعا

من حيث انه اذا قبض بعضه فقد ذلك ثم لم يكن فيه فائدة على ... الشارك اذا لم يثبت القبض وهذا
هو الاشهر وقلنا بان الشريك متمكن من قبض حقه من المشتري بجبره وارده قبلت شهادته اذا ... صرح في
سياق الكلام في ذلك واشار بقوله في المسئلتين الى شهادة البايع في هذه والشريك ... السابقة وقد
تقدم ما يدل على وجه المنع في السابقة وانه يحتاج الى تفصيل قوله لو باع اثنان عبدين كل واحد منهما
لواحد منهما بانفراده صفقة بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما قيل يصح وقيل يبطل الى قوله ثمن كل واحد
منهما لان القول بالبطلان للشيخ رحمه الله لانه مع تفاوت قيمتهما يصير عن كل واحد منهما مجهولا اذ
لا يعرف الا بالتقسيط والتقسيط لم يكن معلوما حال العقد وحيث كان المالكين هنا بمنزلة بيعين في
عقدين ويضعف بان الثمن انما وقع في مقابلة المجموع وهو معلوم والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط
لفظا والجهالة انما تتطرق بالاعتبار الثاني دون الاول ولهذا لو كان المبيع عبدا او ملكا لاحدهما
فيه حصة والباقي للاخر ولم يعلم حصة كل واحد منهما صح بيعه صفقة واحدة واختلاف العوض وجهل
ما يخص كل واحد منهما وكونهما في حكم العقدين حقيقة ولهذا لو فسخ في احدهما تعين عليه رد الاخر
وليس كذلك لو كانا عقدين فالقول بالصحة اوضح وقد تقدم البحث في نظير ذلك من البيع فيما اذا باع ما
يملك وما لا يملك في عقد واحد قوله اما لو كان العبدان لهما او كان لواحد جاز لان والمانع المذكور
منتف هنا الاحتياج الى تقسيط الثمن عليهما بل تقسيمه على نسبة الحصة وكذا لو كان لواحد مع ان ذلك
التقسيط لو احتاج لامكن تطرقه هنا لو عرض لاحدهما ما يبطل البيع كما لو خرج مستحقا او حرا فان البيع في نفس الامر
انما وقع على المملوك ولا يعلم قسطه من الثمن والوجه في الجميع ان ثمن المبيع عند العقد معلوم والتوزيع
لاحق فلا يقدح قوله وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة على انفراده فباعهما صفقة لانقسام الثمن
عليهما بالسوية ومثله ما لو كان العبدان متساويين في القيمة فان الشيخ رحمه الله انما منع من المختلفين
بسبب جهالة ثمن كل واحد منهما وقد نبه عليه المصنف بقوله مع تفاوت قيمتهما قوله قد بينا ان الشركة بالابدان
باطلة فان تميزت اجرة عمل احدهما عن صاحبه اختص بها وان اشتبهت قسم حاصلها على قدر اجرة مثل عملهما
لا اشكال في اختصاص كل منهما باجرة مع تميزها اجمع وكذا لو تميز بعضها اختص به وانما الاشكال مع اشتباه
الحال وقد اختار المصنف هنا قسمة الحاصل على قدر اجرة مثل عملهما نظرا الى ان الغالب العمل باجرة المثل وان
الاجرة تابعة للعمل ومثله قسمة ثمن با عمر مشترك بينهما على ثمن مثل مال كل منهما او على هذا لو تميز بعض حق
كل واحد منهما او احدهما ضم الى الباقي في اعتبار النسبة ولا يختص به ما ذكر في المسئلة وجها آخر ذكره
العلامة احدهما التساوي في الحاصل من غير نظر الى العمل لاصالة عدم زيادة احدهما على الاخر
ولان الاصل مع الاشتراك التساوي لصدق العمل على كل واحد منهما ولان الاصل عدم زيادة احد العملين على
الاخر والحاصل تابع للعمل ومعه يمنع كون الاصل هنا يرجع اليه لان زيادة مال شخص او عمله على آخر معتبر

بما اوتيه ليس اصلا لا بحسب العادة ولا في نفس الامر واما لو تم ذلك لو اشتركا في سبب مملك كالاقرار والوصية
والوقف واشتبه الحال فهنا يمكن الرجوع الى الاصل لاشتراكهما في حصول سبب الاصل عدم التفاوت لان اثبات
الزيادة لاحدهما يتوقف على امر زايد في لفظ الاقرار والوصية والوقف ونحو ذلك والاصل عدمه بخلاف
ما نحن فيه لان احد المالين غير الاخر والاحتمال قايم في تفاوتهما وتساويهما على حد سواء ابعد ما ذكره
من تعليله وارد فيما لو امتاز لاحدهما اكثر مما اشتبه بعضه بمجموع مال الاخر فان اصالة عدم زيادة
احد المالكين على الاخر وارد فيه فيلزم اتحاد الحكم عند اشتباه الجميع واشتباه جزء يسير منه وهو باطل والوجه
الثاني الرجوع الى الصلح لانه طريق الى تيقن البراءة كما في كل مال مشتبه ولا شبهة في اولويته مع امكان اتفاقهما
عليه والا فما اختاره المص اعدل من التسوية قوله اذا باع الشريكان سلعة صفقة ثم استوفى احدهما
منه شيئا شاركه الاخر فيه موضع البحث اذا كان بين شريكين فصاعدا دين مشترك بسبب يكون سببه واحدا
كبيع سلعة وميراث واتلاف ونحو ذلك والمص فرضه في بيع الشريكين سلعة صفقة ليناسب باب الشركة و
بالمعنى الثاني فانها عقد يقتضي التصرف بالبيع ونحوه مما يثمر الربح واحترز بقوله صفقة عما لو باع كل واحد
نصيبه بعقد وان كان العقدان لواحد فانه لا اشتراك فيما يقبضه احدهما من حقه اجماعا ولا فرق
في الصفقة بين كون المشتري واحدا ومتعددا لان الموجب للشركة العقد الواحد على المال المشترك
اذا تقرر ذلك فلكل من الشريكين في المال المذكور مطالبة المشتري بحقه من الدين فاذا استوفاه شاركه
الاخر فيه على ما اختاره المص والشيخ واكثر الاصحاب وهو مروي من طرقهم في عدة اخبار الا انها قاصرة
عن الاستدلال بها لارسال بعضها وضعف الاخر وعدم صراحة المطلوب في بعضها وعللوه مع ذلك بان
كل جزء من الثمن مشترك بينهما فكلما حصل منه كان بينهما وذهب ابن ادريس الى ان لكل منهما ان يقبض
حقه ولا يشاركه الاخر فيه محتجا بان لكل واحد منهما ان يبري الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه
دون الاخر ومتى ابراه بري من حقه وان بقي حق الاخر وكذا اذا صالح عليه كان الابتياع لمن وهب و
صالح للمستوفي والاخر كذا لا يشاركه هو لو استوفى ولان متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت
ولم يبق عوضها الا دين في ذمته فاذا اخذ احدهما حقه منه لم يكن قد اخذ عينا من اعيان
الشركة بل من امر كلي في الذمة لا يتعين الا بقبض المالك او وكيله وهنا ليس كذلك لانه انما قبض لنفسه
ولا يخفى ضعف الملازمة السابقة واما دليل الثاني فلا باس به ويعضده وجوه اخر منها ان وجوب
الاداء بالمطالبة بحقه وحينئذ لا يكون للشريك فيه حق لكن المقدم حق اتفاقا فالتالي مثله بيان الملازمة
ان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع من تسليمها لاستحالة التكليف بالممتنع فاذا ثبت تمكنه من
دفعها على انها للشريك ودفعها كذلك امتنع ان يكون للشريك الاخر [illegible] احق ومنها انه لو كان للاخر
في المدفوع حق لزم [illegible] وهو تسلط الشخص على قبض مال الغير بغير اذنه ومنها انه لو كان كذلك لوجب

ان يبرا

ان يبرء الغريم من مقدار حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه لكن الثاني باطل عندهم

لانهم يحكمون بكونه مخيرا في الاخذ من ايهما شاء ومنها انه لو تفاوت الشريك عن قبض حقه فان عكس المطالبة و

بحصته وحينئذ لا يكون للشريك فيها حق ولا امتنع اخذ حقه بمنع الشريك اياه منها المقبوض اما ان يكون

مالا مشتركا او لا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلف ان يتلف منهما كسائر الاموال المشتركة وبقي ذمة الغريم

منه والا لم يكن للشريك فيه حق وعندي في هذه الوجوه كلها نظر لان الثاني ولو جعلنا حق الشريك متعينا

في المقبوض على جهة الشركة والامر عند القايل به كذلك وتحقيق الحال ان حقهما لما كان في الذمة امرا كليا

لم يتخصص في فرد من افراد مال المديون الا بقبض المستحق او وكيله فاذا طالب احد الشركاء فلا شبهة في استحقاقه ذلك

لان الاصل في مستحق الدين ان يتسلط على تحصيله ومن ثم اجمعوا هنا على ان له المطالبة منفردا كما اجمعوا على ان

الشريك اذا لم يجز مشاركته يختص بما قبضه وح فاذا اقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو والقابض

على حصر بعض هذا الامر الكلي في الفرد المقبوض والحال ان ما في الذمة هو الامر الكلي مستحق للشريكين و

فللشريك الاخر اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وان كان لا يجيزه فيطالب المديون بحقه

لان حق التعيين لا يتم الا برضاه وح فتعيين المعين او للقابض وهذا هو الوجه في تخييرهم بين المشاركة

ومطالبة المديون بحقه فان قيل اذا كان تعيين الكلي المشترك متوقفا على رضاء الشريكين فيجب ان يبطل

حق الشريك القابض من المقبوض ايضا لان الكلي لا يتعين حصره في المعين بسبب عدم رضاء الشريك فكيف يتعين

بالنسبة الى واحد دون واحد مع استحالة الترجيح بغير مرجح قلنا المرجح هنا موجود وهو ان القابض قد رضي

بتعيين حقه اجمع في المعين لكنه موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه ليس بالتعيين مجموع

ما في الذمة حتى يحكم ببطلانه بسبب تعلق الشريك بالتعيين وانما هو بقدر حقه فاذا لم يجز الشريك مشاركته

فيما يخصه حقه فيه لقد ومع على ذلك في ابتداء القبض وانما توقف على امر وقد حصل وبقي القدر الاخر

باقيا في ذمة المديون للشريك ومن هنا وجب على الغريم الدفع اليه لانه بقدر حقه ولا من حيث الى و

الحصة فيراد فيدوم في تشريكه وكلاهما يجب الدفع اليه والشريك انه لم يجب الدفع اليه قبل المطالبة الا

ان هذا المدفوع لم يجب فعله لاجله بل لاجل الشريك المطالب وانما يجب مشاركة الغريم الاخر مطالبة

والحاصل ان الحق لما كان قد تعين باختيار المالك وقبض الغريم وانما كان موقوفا على امر الشريك

فاذا لم يرض به تحقق شرط التعيين للقابض واستقر ملكه على المقبوض وهذا يندفع جميع الوجوه المذكورة

اذا تبين ذلك فنقول هذا المقبوض على المذهب المشهور يصير يكون ملكا للقابض تاما لتعينه في على

التقديرين بل على القولين فما دام قبل اختيار الشريك له وبلغه عليه واما النصف الاخر فهو مقبوض

بيد القابض قبضا متزلزلا لامراعيا باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتم او على مشاركته له

فينتقل ملكه اليه فان اختار ... على المديون تعين ملك القابض له بالقبض وتبعه النماء واختار

في ملكه من حين قبضه او قبض شريكه الاول لا حقا لا ان ولعل الثاني اوجه لانه يكون بمنزلة عقد الفضولي
تبين باجازته انتقال الملك من حين العقد لا من حين الاجازة واما لو تلف قبل اجازة الشريك فهو من
القابض على العقد بين لقد ومر على ضمانه ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولاطلاقهما واعلم ان
القابض لو اراد الاختصاص بالمقبوض بغير اشكال فليبيع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بثمن معين
فيختص به ومثله الصلح عليه بل اولى بالجواز وكذا لو ابراه من حقه واستوهب عوضه او احاله به على المديون
بما عليه وكان كالقبض ولا منافي لخلاف في ذلك مع حلول الحقين معا فلو كان حق احدهما مؤجلا اما
بالعقد الاول او باشتراطه في عقد لازم لم يشاركه الاخر فيما قبض حلول الاجل لانه لا يستحق الان شيئا و
يمكنه من ناحية يقتضي جواز قبض الحصة منفردة لاستلزامه تميز حصته من حصة الاخر وكذا لو ضمن
ضامن لاحد الشريكين حصته فان الضمان صحيح لتناوله لا لاداء لزم فيختص باخذ المال المضمون من الضامن
وهو يقتضي امكان اخذ الحصة منفردة عن الاخرى كما تقدم وبالجملة فالقول باختصاص القابض لا يخلو
من قوة وان كان الوقوف مع المشهور اولى قوله اذا استاجره للاحتطاب او الاحتشاش او الاصطياد مدة
معينة صحت الاجارة وملك المستاجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة جواز الاستيجار على تحصيل ذلك ونحوه
من المباحات مبني على ما سلف من ان تملكها هل يكفي فيه مجرد الحيازة ام لا بد معها من نية التملك فان اكتفينا
بالحيازة لم يصح الاستيجار عليها ولا التوكيل فيها لان المستاجر يملكها بمجرد الحيازة فلا يتصور ملك المستاجر
والموكل لها وان قلنا بافتقاره الى النية صح الاستيجار والتوكيل ايضا لان الملك لما كان تابعا للنية فاذا نوى
ملك غيره مع كونه نائبا له صح وكذا يصح على القول بعدم اعتبار النية بل يعتبر ان لا ينوي منافيا في الملك
كما اختاره بعض الاصحاب صح فاذا نوى بذلك المستاجر صح وملك المستاجر والمص رحمه الله جزم هنا بالصحة
مع تردده فيه فيما سبق في اشتراط النية فهو اما رجوع الى الجزم باعتبارها او بعدم تردده او اختيار القول الاخير
الذي حكيناه لانه لا ينافي عدم الشرط النية وبقي في المسئلة بحث اخر وهو انه على القول بصحة الاجارة على احد
القولين انما يقع الملك للمستاجر مع نية الاجير الملك له اما مع احد نية الملك لنفسه فيجب ان يقع له لحصول
الشرط على جميع الاقوال واستحقاق المستاجر منافعه تلك المدة لا ينافي ذلك لانه لا ينقص عما لو عمل عملا لغير
المستاجر فانه يقع صحيحا او فعترى ولكن يثبت للمستاجر عليه اجرة تلك المدة التي فوت فيها العمل على تفصيل ياتي في
ذلك ان شاء الله فليكن هنا كذلك ومنافي بين عمل المفوض ما المستوجر على فعل وغيره ففي الاول لا يكون الجميع
للمستاجر لاستحقاقه اياه بالعقد بخلاف ما اذا عمل في مدة الاجارة غير ما استاجره عليه فانه يتخير كما فصل
من الفرق فتطلق قوله ولو استاجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله غالبا لما كان ضابط المستاجر
عليه كونه مقدورا للاجير حيث يقصد منه مباشرة فلا يصح الاستعمال الاستيجار لتحصيل صيد معين
ما لك لامره لان مثل ذلك لا يعد مقدورا له من شوقابه عادة بخلاف الصيد المطلق فان العادة قاضية

بامكان

بامكان اذ لابد من القدرة على غيره كيف اتفق فالبا كتاب المضاربة هي مفاعلة من الضرب في الارض
لان العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال وكان الضرب مسبب عنهما [illegible] الباب المفاعلة على
لي طرفي الفاعل او من ضرب كل منهما في الربح بسهم او لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه [illegible] للعامل و
مضارب بكسر الراء لانه الذي يضرب في الارض ويقلبه ولم تشتق اهل اللغة لرب المال من المضاربة اسما
هذه لغة اهل العراق واما اهل الحجاز فيسمونه قراضا مأخوذا من القرض وهو القطع ومنه المقراض لانه يقرض به
فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها للعامل او اقتطع له قطعة من الربح او من المقارضة وهي
المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الآخر بشعره ومنه قيل قارض الناس ما قارضوك
فان تركتهم لم يتركوك ان سبهم وهم فيما يقولون ووجهه هنا ان المال من جهة المالك والعمل من جهة
العامل فقد تساويا في قوام العقد بهما او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل استحقاقه وان اختلفا في
كميته ويقال منه للمالك مقارض بالفتح واعلم انه من دفع الى غيره مالا ليتجر فيه فلا يخلو اما من ان يشترطا الكل من
الربح بينهما او لاحدهما او لا يشترطا شيئا فان شرطاه بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه
للمالك فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فكذلك الا ان للعامل اجرة المثل وعقد القراض مركب من عقود كثيرة
لانه للعامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح ودعي امين ومع ظهوره شريك ومع التعدي غاصب وفي
تصرفه وكيل ومع فساد العقد اجير قوله وهو جائز من الطرفين سواء نض المال او كان به عروض لا
خلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين ولانه وكالة في الابتداء ثم قد يصير شركة وهما
جائزان اتفاقا والمراد بانضاض المال صيرورته دراهم او دنانير كما كان اولا وتعلق الغرض [illegible] بالنظر الى اصله و
الا فالغرض [illegible] فلو قال او كان [illegible] قوله ولو اشترط فيه الاجل لم يلزم لكن لو قال
ان مرت بك سنة فلا تشتر بعدها او بع صح لان ذلك من مقتضى العقد اي لم يلزم العقد مدة الاجل
بل يجوز فسخها قبله ولكن العقد والشرط صحيحان اما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده لان التصرف
تابع للاذن ولا اذن بعده واما العقد فلان الشرط المذكور لم ينافِ مقتضاه اذ ليس مقتضاه الا الاطلاق
وكذا القول في قوله ان مرت بك سنة فلا تشتر لان امر البيع والشراء منوط بامر المالك فله المنع منهما
بعد السنة او من احدهما اي وفي مثله ما لو عكس بان قال لا تبع ولا تشتر وانما لم يلزم ذكره لان البيع
هو المقصود في هذا الباب لطلب الربح وتحصيل الانضاض قوله وليس كذلك لو قال على انه لا يملك منعك
لان ذلك منافٍ لمقتضى العقد لان مقتضاه ان لكل من المتعاقدين فسخه كما هو شأن العقود الجائزة
فاذا شرط ما ينافيه فسد العقد لفساد الشرط قوله ولو شرط ان لا يشتري الا من زيد او لا يبيع الا على
عمرو صح وكذا لو قال على ان لا يشتري الا الثوب الفلاني سواء كان مما يعم وجوده ام لا خلافا [illegible] فعندنا في جواز هذا الشرط
وان [illegible] وان ضاقت [illegible] التجارة ولاطلاق النصوص الدالة [illegible] على خلاف بعض العامة

حيث منع اشتراطها يكون وجوده نادرا او مضيقا وحيث يقع التعيين على احد الوجوه فخالف العامل
ضمن المال لكن لو ربح كان الربح بينهما على ما شرطاه سواء في ذلك المخالف في النوع وفي السفر وفي جهته
لصحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم وغيرهما عن الباقر والصادق عليهما السلام ولولا النص لكان مقتضى لزوم الشرط
فساد ما وقع مخالفا له او موقوفا على الاجازة قوله ولو اشترط ان يشتري اصلا يشترك في ثمرته كالشجرة
او الغنم قيل يفسد لان مقتضاه التصرف في راس المال وفيه تردد اي مقتضى عقد المضاربة او مقتضى
القراض الذي هو مورد نهما التصرف في راس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة وهذا ليس كذلك
لان فوائده تحصل بغير تصرف بل من عين المال وحيث الصحة انه حصل بسعي العامل اذ لولا شراؤه ولم
تحصل النماء وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة وضعف بان الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما
وقع عليه العقد لانماؤه الحاصل مع بقاء عين المال وبان المضاربة تقتضي معا وضين احدهما بالشراء
والاخرى بالبيع واقل ما تتحقق بمرة وبهما يظهر الربح والانضاض والمضاربة تدل على ملك العامل
لهما بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن فتعدم احدهما مخالف لمقتضاها فان قيل هلا كان ذلك
كتقييد المالك عليه في الشراء المعين ومعين والبيع عليه ونحو ذلك مما يدخل في اطلاقها
بالتقييد خرج ولم ينافي ذلك مقتضاها قلنا الفرق بينهما حصول اصل المقتضى وهو البيع والشراء
وتحصيل الربح مما ذكر وانما قيد موضوعهما بخلاف المتنازع فان المقتضى لم يتحقق اصلا كما بيناه وعلى القول
بالفساد يصح الشراء المذكور بالاذن ويكون النماء الحاصل باجمعه للمالك لانه نماء ملكه وعليه اجرة
المثل للعامل واعلم ان المنع انما هو في حصر الربح في النماء المذكور بهذه المعاملة والا فلا يمتنع كون النماء بينهما
محتسب من جملة الربح على بعض الوجوه كما اذا اشترى شيئا له غلة فظهرت قبل ان يبيعه فانها تكون بينهما من
جملة الربح الا ان الربح لم يحصر فيها لامكان تحصيله من اصل المال قوله ولو اذن فيه التصرف تولى باطلاق
الاذن ما يتولى المالك من عرض القماش والنشر والطي واحرازه وقبض الثمن وايداعه الصندوق واستيجار
من جرت العادة باستيجاره كالدلال والوزان والحمال عملا بالعرف ولو استاجر للاول لضمن الاجرة ولو
تولى ما لو تولى الاخير بنفسه لم يستحق اجرة المراد بالاذن والتصرف هنا اطلاق عقد المضاربة اذ لا يتفق
العامل معها في جواز التصرف الى اذن اخر وكان حق العبارة ان يقول ولو اطلق العقد تولى العامل بالاطلاق
ما ذكر وحاصل ذلك ان المضاربة لما كانت معاملة على المال للاسترباح كان اطلاق العقد مقتضيا
لفعل ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش على المشتري ونشره وطيه واحرازه وبيعه
وقبض ثمنه وايداعه الصندوق ونحو ذلك وهذا النوع لو استاجر عليه فالاجرة عليه خاصة حملا
للاطلاق على المتعارف واما ما جرت العادة بالاستيجار عليه كالدلالة والحمل ووزن الامتعة
الثقيلة التي لم يجر عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر فله الاستيجار

عليه

عليه على المعتاد ايضا ولو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحق اجرة لانه متبرع في ذلك ولو قصد بالعمل الاجرة كما
يأخذ غيره توفيرا على نفسه وتوسعا في المكسب ففي استحقاقها قولان وجه خصوصا على القول بانه ليس للوكيل في البيع
ان يبيع من نفسه ولا في الشراء ان يشتري من نفسه فيكون للوكيل في الاستيجار ان يستأجر نفسه ويمكن اطلاق المنع
لكنها عن مقتضى العدم ولو اذن له المالك في ذلك فلا اشكال والمراد بقوله واستيجار من جرت العادة وهو
بالاستيجار مثل الدلال ومن ذكر معه لان من موضوعه عند من يعقل ولو قال الاستيجار لما جرت العادة بالاستيجار
له كان اشمل لشموله استيجار الدابة اذ لا يدخل في عموم من ويدخل فيما ذكرناه واطلاق الاستيجار على ما
لكنها مجاز بعيد قوله وينفق في السفر كمال نفقته من اصل المال على الاظهر المراد بكمال نفقته السفر اجمع واحترز
به عن القدر الزائد عن نفقة الحضر فان القول الآخر انه لا ينفق من المال سواه للاجماع على ان نفقة الحضر على
نفسه فما ساواه في السفر يحتسب عليه ايضا والزائد على القراض وقيل على نفسه ان جميع نفقة السفر على نفسه
كنفقة الحضر والاقوى الاول لصحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى ايضا قال في المضاربة ما انفق في سفره فهو
من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه وما للعموم ووجه الثاني انه انما حصل بالسفر الزيادة
لا عين ما غيرها فسواء كان مسافرا ام حاضرا لا بد منها فلا يكون السفر علة فيه ووجه الثالث ان الربح مال
المالك والاصل ان لا يتصرف فيه الا بما دل عليه الاذن ولم يدل الا على الحصة التي عينها له وهو لم يدخل
الا عليه فلا يستحق سواه والاقوى الاول عملا بالنص الدال عليه وهو مع ذلك اشهر بين الاصحاب
اذا تقرر ذلك فالمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي وهو ما يجب فيه التقصير فلو كان قصيرا او اقام في
الطريق او اتم الصلوة فنفقته تلك المدة على المال نعم يجب الاقتصار منه على ما يحتاج اليه للتجارة فلو اقام
زيادة عنه فنفقته عليه خاصة والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه فيه من مأكول وملبوس ومشروب ومركوب
وآلات ذلك كالقربة والجوالق واجرة المسكن ونحو ذلك ويراعى فيها ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد
فان اسرف حسب عليه وان قتر لم يحتسب له لانه لم ينفق ذلك واذا عاد من السفر فما بقي من اعيان النفقة
ولو من زاد يجب رده الى التجارة او تركه ويعتبر الحالان تساويا اذا كان من نيته سفره ولم يكن يبعد عوده على
التجارة من تركه ولو شرط فيه عدم النفقة لزم الشرط للعامل فلا ينفق ولو اذن له بعد ذلك فهو تبرع
محض ولو شرطها فهو تاكيد على القول الاظهر فهو مخرج من الخلاف وهل يشترط تعيينها احتمل وجه قوي
مدرك من الجهالة في الشرط الذي هو جزء العقد بخلاف ما تقدم ولو اطلق في العقد لان اذن الشارع خصوصا
في القول بعدمها يشبه على اشتراط نفقة الاخير حيث لا يثبت على المستاجر ويحتمل على القول بثبوتها
عدم وجوب ضبطها بالشرط فهو بدون الشرط فلا بد في الاشتراك على الثابت بالاصل ولا يعتبر في النفقة
ثبوت ربح بل ينفق ولو من اصل المال ان لم يكن ربح وان قصر المال نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة
على حق العامل ولو سافر مصاحبون فيه فلو سافر في الجملة ما تجاوز المأذون والى غير جهته فلا نفقة

ولو كانت المضاربة ثابتة ومعونتها ... عند الموت في السفر محسوبة على العامل خاصة لانهما لم يتعلقا
بالتجارة. قوله: ولو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقسيط. وجه التقسيط ظاهر لان السفر لاجلهما
فنفقته عليهما ... تقسيط على نسبة المالين او نسبة العملين وجهان اجودهما الاول لان استحقاق
النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر الى العمل ثم ان قلنا بوجوب كل النفقة على مال المضاربة
فالتقسيط كما ذكرناه وان قلنا انما يجب النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك الزيادة خاصة عليهما او الباقي
على مال الاول بما قيل هنا بعدم ثبوت شيء على مال المضاربة وهو ضعيف لوجود المقتضي في الموضعين و
لو كان معه قراض لغيره صاحب الاول وزعت النفقة عليهما ايضا على قدر المالين او العملين كما مر ولا فرق في
ذلك بين ان يكون قد شرطها على كل واحد منهما او اطلق بل لو لم نفقة واحدة عليهما على التقديرين لان ذلك
منزل على اختصاص الشرط على العمل هنا مع حصول كل واحد منهما بالاخر ما لو علم صاحب القراض الاول با
مشرط على ماله كل النفقة جاز واختصت به ولا شيء على الثاني. قوله: ولو انفق صاحب المال مسافرا فانتزع
المال منه فنفقة عوده من خاصة لان النفقة سفرا انما استحقت بالمضاربة وقد ارتفعت بالفسخ ولا عبرة
علل الدخول على عقد يجوز فسخه كل وقت وينبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث اثبت له نفقة الرجوع
لانه استحقها حين السفر وهو ممنوع. قوله: وللعامل ابتياع المعيب والرد بالعيب واخذ الارش كل ذلك
مع الغبطة الفرق بينه وبين الوكيل لا يسوغ له شراء المعيب ان القراض الذي في هذا الاسترباح وهو يحصل
بالصحيح والمعيب فلا يتقيد بالصحيح وعلى تقدير شرائه جاهلا بالعيب يتخير من الامرين الرد والامساك و
بالارش ما فيه الغبطة بالنظر الى التجارة فقد يكون الرد اغبط وقد يكون اخذ الارش وكذلك يتخير بينهما
بخلاف الوكيل فان شراءه بما كان للقنية والمعيب لا يناسبها غالبا فحمل الاطلاق على الصحيح عملا بالمتعارف
قوله: ومقتضى اطلاق الاذن في البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد لما كان اطلاق عقد المضاربة
محمولا على المتعارف في التجارة والمحصل للارباح وجب ان يتصرف العامل على ما يحصل به الغاية فلم
البيع نقدا لانسبته لما فيها من التغرير بمال المالك والمحصل وبثمن المثل لا بدونه للتضييع مع القدرة على
تحصيل الزيادة ولا امر فيهما واضح واما البيع بنقد البلد فالاطلاق في الوكالة منصرف اليه وهو في بعض
الوكالة ثمن ثم اطلقه المص وقبله الشيخ وجماعة لكن قد يفرق عن المضاربة تفارق الوكالة في بعض
المضارب لان القراض الافضل منها تحصيل الربح وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض والاقوى جوازه
لها مع الغبطة والحق ان هذا الاذن في شيء من ذلك خصوصا او عموما اكتفى فكيفما ثبت وبحسب ذلك
وبنظرك ونحو ذلك فانه يجوز له البيع بالعرض قطعا اما النقد وثمن المثل فلا يخالفهما الا بالتصريح نعم يستثنى
من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس فيه عادة. قوله: ولو خالف ضمن الا مع اجازة المالك اذا خالف
ما دل عليه اللفظ بخصوصه او اطلاقه لم يقع التصرف باطلا بناء على جواز بيع الفضولي لكن يقف على

اجازة في

اجازة المالك فان اجازه نفذ ثم ان قدر على تحصيل النسبة والا ضمن النسبة من الثمن لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة
ولا وجه للاستثناء مع امكانه ولو تعذر ضمن قيمة المبيع او مثله لا الثمن المؤجل وان كان ازيد ولا التفاوت
في الصورة المفروضة لانه مع عدم اجازة البيع يقع باطلا فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه
من غير اذن شرعي وفي المسألة احتمالات اخر مدخولة قوله وكذا يجب ان يشتري بعين المال لا في
الذمة من احتمال الضرر بان ربما تلف راس المال فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك وقد لا يقدر عليه
او لا يكون له غرض في غير ما دفع ولان المقصود من العقد ان يكون الربح للمال بينهما ولا يكون ذلك
الا اذا اشترى بالعين لان الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال قوله ولو اشترى في الذمة
لم يصح الا مع الاذن ان لم يقع له لانه اطلق العقد على الذمة ولم يقع موقوفا على اجازته ويمكن
ان يريد بالاذن ما يشمل الاجازة ويريد بالصحة معناها المتعارف الاولى العرف قوله ولو اشترى
في الذمة لا معه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهرا هذا اذا لم يذكر المالك في الشراء لفظا والا
بطل العقد مع عدم اجازته وان ذكره نية خاصة وقع للعامل ظاهرا كما ذكر ووجب عليه التخلص بكونه
ضامنا من حق البائع وسيأتي ان شاء الله في الوكالة تحقيق ذلك ولو لم يذكره لفظا ولا نية وقع له ظاهرا وباطنا
قوله ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او امره بابتياع شيء معين فابتاع غيره ضمن ولو ربح كان الربح
لان المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة وان وجب الضمان والاثم في النقص في غير المأذون والربح بينهما
على حسب الشرط للنصوص الصحيحة الدالة عليه ولولا النص لاشكل الحكم بصحة الابتياع المخالف لوقوعه
بغير اذن فينبغي ان يكون فضوليا وكان السبب في ذلك ان الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح وباقي
التخصيصات عرضية لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة لحصول المقصود بالذات وبالجملة فالمستند
النقل الصحيح وعمل الاصحاب ويجب تقييد المخالف في جهة السفر بما اذا بيع المتاع في تلك الجهة
بما يوافق قيمته في الجهة المعينة او يزيد فلو كان ناقصا بما لا يتغابن بمثله لم يصح كما لو باع بدون
ثمن المثل واعلم ان العامل لا يجوز له السفر مطلقا بدون اذن المالك عندنا سواء كان الطريق مخوفا
ام امنا لما فيه من التغرير في الجملة المنافي للاكتساب لقول النبي ص المسافر وماله لعلى قلت الا ما
وقى الله اي على هلاك وحيث ياذن فيه فان اطلق تخير في الجهات وان عين له جهة تعينت كما ذكر
وعبارة المصنف خالية عن تحريم السفر مطلقا بغير اذنه ولذلك نبهنا عليه قوله وبموت كل منهما تبطل
المضاربة لانها في معنى الوكالة لما كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به موت كل لما كان
هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به من موت كل منهما وجنونه واغمائه والحجر عليه للسفه
لانه متصرف في مال الغير باذنه فهو كالوكيل ولا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف وبعده ولا بين
ان يكون قد ظهر ربح وعدمه ثم ان كان الميت المالك وكان المال ناضا لا ربح فيه اخذه الوارث وان كان

وان كان ربح اقتسماه وقد تقدم حصة العامل [illegible] جميع العروض الملكية لها بالظهور وكان شريكا للمالك ولان حقه
متعلق بعين المال دون الذمة وان كان المال عروضا فللعامل بيعها ان رجى الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض
انضاء مطلقا [illegible]لام في ذلك في مسئلة الفسخ وان كان الميت العامل فان كان المال ناضا ولا ربح اخذه
المالك وان كان فيه ربح دفع الى الوارث حصته منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض
فان اذن المالك للوارث فيه جاز والا نصب الحاكم امينا يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل حصة الوارث
اليه والا سلم الثمن الى المالك وحيث حكم ببطلان المضاربة بالموت واريد تجديدها مع وارث احدهما
اشترط في الثانية شروط الاولى من انضاض المال والصيغة وغيرهما قوله ومن شرطها ان يكون عينا
وان يكون دراهم ودنانير اشتراط ذلك في المال موضع وفاق نقله في التذكرة وهو العمدة وعلل مع
ذلك بان ما في الذمة لابد من تحصيله اولا ولا يجوز ضم الاول الى التجارة وان المضاربة معاملة تشتمل
على غرر اذ العمل مجهول والربح غير متيقن الحصول وانما سوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة فيختص بما
يسهل التجارة به ويروج في كل وقت وحال وهو النقدان ولا يخفى ان اثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيد
والعمدة على نقل الاجماع قوله وفي القراض بالنقرة تردد النقرة بضم اوله القطعة المذابة من الذهب
والفضة ومنشأ التردد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير وهو موضع الوفاق ومن مساواتها لهما
في المعنى حيث انها من النقدين وانما فاتها النقش ونحوه وانضباط قيمتها ثمنا واصالة الجواز وهذا الكلام
مندفع بما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط احدهما ومع ذلك لا يعلم قائل بجوازه بها وانما ذكرها المص
مترددا في حكمها لم ينقل عن غيره فيها خلاف فاذا كانت المضاربة حكمها شرعيا فلا بد من الوقوف على ما ثبت
الاذن فيه شرعا وربما اطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة فان صح هذا الاسم كان التردد
من حيث انها قد صارت دراهم ودنانير وانما تخلفت السكة وهي وصف في النقدين ربما لا يقدح خصوصا
اذا تعومل بها على ذلك الوجه ومما تقدم من وجوه المنع قوله ولا يصح بالفلوس ولا بالورق المغشوش سواء كان
الغش اقل او اكثر هذا اذا كان لم يكن متعاملا بالمغشوش فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة
وصح جعله مالا للقراض سواء كان الغش اقل ام اكثر قوله ولا بالعروض العروض بضم العين جمع عرض
بفتحها فسكون الوسط ومحركه وهو المتاع وكل شيء سوى النقدين ذكره في القاموس وعلى هذا كان يستغنى
بذكرها هنا لتقدم منعه لدخوله فيها ولكن حكى الجوهري عن ابي عبيد ان العروض هي الامتعة التي لا يدخلها
كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا ولاح فيشتمل الفلوس ولا النقرة الا ان المعنى الاول انسب
بالمقام ويمكن ان يكون وجه تخصيص تلك الافراد بما فيها من شبهة الجواز المضاربة بالعروض موضع
وفاق وعلل مع ذلك بانه لا يتحقق فيها الربح لانه ربما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في اصل المال
ويستغرقه وربما نقصت قيمتها فيصير رأس المال بعضا والاعتماد على الاتفاق قوله ولو دفع الة الصيد

كالشبكة بحصة فاصطاد كان للصائد وعليه اجرة الالة وذلك لفساد المضاربة لمخالفة مقتضاها فان مقتضاها
تصرف العامل في رقبة المال وهنا ليس كذلك وليس شركة لانه مركب من شركة الابدان وغيرها او لتميزها
مال صاحب الشبكة ولا باجارة وهو ظاهر والحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصور التوكيل في
تملك المباح والا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد وقد سبق الكلام على نظيره ويبعد بناؤه
على ان العامل لم ينو تملك الا لنفسه لان ظاهر الحال دخوله على الشركة وحيث يكون الصيد لهما فعلى
كل منهما من اجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما اصابه من الملك ولو كان المدفوع اليه بدل الشبكة
دابة ليحمل عليها او يركب بالاجرة والحاصل بينهما فالحاصل باجمعه لصاحب الدابة وعليه اجرة مثل العامل
ولم تصح المعاملة ايضا لعين ما ذكر والفرق بين الشبكة والدابة في كون الحاصل لصاحب الدابة دون
مسئلة الشبكة ان الاجرة تابعة للعمل والعمل في الدابة حاصل منها وفي الصيد من الصائد وفي الشبكة
مع العمل كان السبب عمل الدابة وعملها تابع لها فيكون الحاصل للعامل ولا مدخل هنا للنية كما في
مسئلة الصيد قوله ويصح القراض بالمال المشاع لان المشاع معين في نفسه وجامع لباقي الشرائط و
يصح القراض به ولا فرق بين ان يكون عقده والشريك وغيره قوله ولا يكفي المشاهدة وقيل يصح
مع الجهالة ويكون القول قول العامل الخ القولان للشيخ رحمه الله الاول في الخلاف والثاني في المبسوط
ومنشأ الاختلاف من زوال معظم الغرر بالمشاهدة وبقاء الجهالة والاصح الاول وحكى في المختلف عن الشيخ
القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة ثم قواه في الخلاف محتجا بالاصل وقوله المؤمنون
عند شروطهم ولا اشكال في ان القول قول العامل مع يمينه في قدره سواء صححنا المعاملة ام لا لانه منكر
نعم تفريع قوله ويكون على الصحة مع المشاهدة باعتبار انه لم يصح لا يدفع اليه المال غالبا فلا يقع التنازع
لكن لو فرض كان حكمه كذلك وكذا لو اختلفا في قدره في غير هذه الصورة قوله لو احضر مالين وقال قارضتك
بايهما شئت لم ينعقد بذلك قراض لانتفاء التعيين الذي هو شرط في صحة العقد ولا فرق في المالين
بين كونهما متساويين جنسا وقدرا وكونهما مختلفين خلافا لبعض العامة حيث جوزه مع التساوي قوله ولو
اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن هذا مع جهل المالك بعجزه لانه مع علمه يكون قد اقدم على المال على غير
الوجه المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا وهل يكون ضامنا للجميع او للقدر الزائد
على مقدوره قولان من عدم التمييز والنهي عن اخذه على هذا الوجه ومن ان التقصير بسبب الزائد فيختص به
والاول اقوى وربما قيل ان اخذ الجميع دفعة فالحكم كالاول وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه ضمن
الزائد خاصة ويشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا ترجيح الان لا
حدهما فلو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز ولو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن اما لاقدامه على الخطر
او لان علمه بذلك يقتضي الاذن له في التوكيل وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان

لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد والمراد العجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة

وهنا يحصل بها الا العقد لمن ترتب بين علم المال وجهله ولو كان قادرا فتجدد العجز وجب عليه رد الزائد عن

مقدوره لو [illegible] حفظه وهو عاجز عنه والتخلص منه بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد كما مر قوله

ولو كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه صح ولم يبطل الضمان الى قوله فيقضي دينه باذنه قد تقدم

البحث في نظيره هذه المسألة في باب الرهن وان وجه بقاء الضمان انه كان حاصلا قبل ولم يحصل ما

يزيله لان عقد القراض لا يلزم عدم الضمان فانه قد يجامعه بان يتعدى فلا ينافيه ولقوله ع

على اليد ما اخذت حتى تؤدي وحتى لانتهاء الغاية فيبقى الضمان الى الاداء اما الى المالك او على من [اذن]

د والدفع الى البائع باذنه فيكون من جملة الغاية ويستقرب العلامة زوال الضمان هنا وتبعه

ولده في الشرح لان القراض امانة فصحة عقده يوجب كون المال امانة لان معنى الصحة ترتب الاثر ولا [انتفاء]

علة الضمان لزوال الغصب لانه اذن في بقائه في يده وفيه نظر لان معنى كون القراض امانة من حيث

انه قراض وذلك لا ينافي الضمان من حيثية اخرى كما لو كان غاصبا فان الضمان قد يجامعه كما اذا تعدى

العامل ولا يلزم من انتفاء علة الثبوت ثبوت علة الزوال واما اقتضاء العقد الاذن في القبض فضعفه

ظاهر لان مجرد العقد لا يقتضي ذلك وانما يحصل الاذن بامر اخر ولو حصل سلمنا زوال الضمان كيف والعلامة

قد صرح في التذكرة بان كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض فلو قال المالك انا ابقي

المال في يدي وادفع الثمن كلما اشتريت متاعا صح وبنا فيه بعدم زوال الضمان واذا اذن له في قبضه

بعد ذلك لما تقدم من الادلة وبضعف بانه وكيل محض فان كان له في القبض مصلحة لانه كالوكيل و

يجعل او لو اسقط عنه الضمان او قبضه ثم رده فلا اشكال في الزوال كما انه لو دفع ثمنا الى البائع زال

اجماعا قوله وكذا لو اذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد لانه لا يخرج بالاذن عن كونه دينا

لكن يقع القبض عن المالك فلو اشترى به بعد ذلك كان فضوليا لفساد عقد القراض وقوله ما لم يجدد العقد

اي بعد القبض فانه يقع صحيحا وفيه اشارة الى صحة القبض وان كان مترتبا على عقد فاسد قوله

لو قال بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال ليس بمملوك عند العقد والمراد بالمال النض

الذي يصح القراض وعدم مملوكيته واضح اذ لا يحصل الا بعد البيع لانه مجهول وقد تقدم ان المال

المجهول لا يصح به ولان العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع خلافا لبعض العامة حيث جوزه كذلك

قوله ولو مات رب المال وبالمال متاع فاقره الوارث لم يصح لان الاول بطل والمراد انه يعقده على

مستانف سواء كان بلفظ التقرير ام غيره والمانع من الصحة كون المال عرضا وهذا التقرير قراض جديد

لبطلان الاول بالموت حيث انه من العقود الجائزة وللمالك الاذن في العاقد ولو كان المال نقدا

صح تجديده قطعا لكن هل يصح بلفظ التقرير قيل لا لانه يؤذن باستمرار [illegible] مضا لانه ظاهر من كتك و

اقرتكم

واقررتك على ما كنت عليه والحال انه قد بطل والاقوى الصحة ان استفادوا من اللفظ معنى الاذن لان عقد القراض
لا ينحصر في لفظ كغيره من العقود الجائزة والتقرير قد يدل عليه ايضا قوله ولو اختلفا في قدر رأس المال
فالقول قول العامل مع يمينه لانه اختلاف في المقبوض لا فرق في ذلك بين كون المال باقيا او تالفا
بتفريط لاشتراك الجميع في المقتضي وهو اصالة عدم الزائد وبراءة ذمة العامل منه واليه اشار المصنف بقوله
لانه اختلاف في المقبوض لان المالك يدعي انه قبض الزائد وهو ينكره والاصل عدمه وادلى بالحكم لو كان
تالفا بتفريط فان العامل غارم والقول قول الغارم في القدر هذا كله اذا لم يكن قد ظهر ربح والا ففي قبول قوله اشكال
من حيث ان التعليل المذكور وهو الظاهر من اطلاق المصنف ومن اقتضاء انكاره لزيادة رأس المال توفر الربح فيزيد
حصته منه فيكون ذلك في قوة اختلافهما في قدر حصته مع ان القول قول المالك فيه بيمينه ولانه مع بقاء
المال الاصل يقتضي كون جميعه للمالك الى ان يدل دليل على استحقاق الزائد ومع تلفه بتفريط فالمضمون
قدر مال المالك واذا كان الاصل استحقاق المالك لجميعه قدر مال التلف لانما اقر به للعامل فالضمان
تابع للاستحقاق وهذا هو الاقوى ويتنافيه ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط مطلقا وهو
ضعيف جدا قوله ولو خلط العامل مال القراض بغير اذن المالك خلطا لا يتميز ضمن لانه تصرف غير مشروع
لان مال القراض امانة والامانة لا يجوز خلطها كالوديعة ولا يبطل العقد بذلك وان اثم وضمن فيبقى
الربح بينهما على نسبة المال هذا مع اطلاق العقد اما لو عمم له لفظيا او لو قال افعل ما شيت او برايك
ونحو ذلك صح مع المصلحة لا بدونها فان الخلط قد يكون مصلحة في بعض الاحوال قوله ويلزم الحصة و
بالشرط دون الاجرة على الاصح مرجع هذا النزاع الى ان المضاربة هل هي من العقود الصحيحة المشروعة
ام لا والقول بكونها صحيحة ويلزم فيها للعامل ما شرط له من الحصة قول جميع العلماء على اختلاف
مذاهبهم الا قليلا من اصحابنا والاخبار بها متظافرة صحيحة من طرق اهل البيت ع ومن طرق غيرهم وذهب
الشيخ في النهاية وقبله المفيد وتبعهما جماعة الى ان الربح كله للمالك وللعامل عليه الاجرة لان النماء تابع للمال
والمعاملة فاسدة لجهالة العوض والجواب المنع من فساد هذه المعاملة بعد ثبوتها بالنصوص الصحيحة
وعموم الايات ان لم نحصل الاجماع والجهالة بالعوض لا تضر في كثير من العقود كالمزارعة والمساقاة و
تبعية النماء للاصل مطلقا ممنوع قوله ولا بد ان يكون الربح مشاعا فلو قال خذه قراضا الى قوله وفيه تردد
المراد بالمشاع ان يكون باجمعه مشتركا بينهما فيخرج به امور ان يجعل لاحدهما شيئا معينا والباقي للآخر
ولم يذكره المصنف وهو باطل اتفاقا لانه ربما لا يربح الا ذلك القدر فيلزم ان يختص به احدهما وهو
غير جائز وقد ذكر المصنف فيما بأخذه ما يقرب منه وهو انه يشترط لاحدهما شيئا معينا والباقي بينهما ب
ان يقول المالك خذه قراضا والربح لي وجه الفساد اختصاصه بالربح المنافي لمقتضى العقد فان مقتضاه
الاشتراك في الربح وهل يكون هذه الصيغة بضاعة بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة ام يكون

قراضاً فاسداً كما يقتضيه الاخلال بشرطه واما مع التصريح به فالمشهور الثاني فيكون الربح كله للمالك وعليه للعامل
الاجرة ووجه الاول النظر الى المعنى فانه دال على البضاعة وان كان بلفظ القراض ولان البضاعة توكيل في
التجارة تبرعاً وهي لا تختص بلفظ وما ذكر دال عليها ولانه لا يحكم بالغاء اللفظ ما امكن حمله على الصحيح وذكر القراض
وان كان منافياً بحسب الظاهر الا انه يمكن ان يكون هنا مأخوذاً من المعنى المساواة التي هي من احدهما المال ومن
الآخر العمل من غير التفات الى امر آخر وهو اخذ ما اشتق منه المعنى الشرعي كما سبق ولو قيل ان ذلك بحسب
اللغة والحقيقة الشرعية تاباه امكن التجوز فيه فان الحقائق اللغوية تصير مجازات شرعية وهو اولى من
الفساد ووجه ما اختاره انه لا اجرة للعامل لانه دخل على ذلك فكان متبرعاً بالعمل وهذا يحتمل بناؤه على البضاعة
وعلى القراض الفاسد وان اراد عليه بعدم الاجرة نظراً الى دخوله على التبرع بل هذا اوضح وهو قوي حيث ان
يقول خذه قراضاً والربح كله لك ووجه فساده ما مر ويحتمل كونه قرضاً فاسداً لان له عليه معنى كما يدل السابقة
على البضاعة ولان القرض لا يختص بلفظ كما تقدم بل بما دل عليه وهذا دال عليه فعلى هذا يكون الربح للعامل
والمال مضمون عليه ولا شيء للمالك وعلى الاول للمالك وعليه للعامل الاجرة ومحل الاشكال اذا لم يقصد
القرض ولا القراض اما اذا لم يقصد شيئاً او لم يعلم ما قصد والا كان قرضاً في الاول وقراضاً فاسداً في الثاني
بغير اشكال قوله اما لو قال خذه فاتجر به والربح لي كان بضاعة ولو قال والربح لك كان قرضاً الفرق بين الصيغتين
اشتمال الاولى على ضميمة منافية للقرض والبضاعة وهي التصريح بالقراض وهو حقيقة شرعية في العقد
المخصوص بخلاف الاخيرة هنا اذا اطلق اللفظ او قصد القرض والبضاعة فلو قصد القراض ففيه ما سبق و
لصلاحية اللفظ لعقد خصوصاً مع انضمام ضده فان التصريح بالقراض ونحوه في العقد ليس بشيء ولو اختلفا
في القصد المبطل احتمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل نظراً الى ظاهر اللفظ وترجيحاً لجانب الصحة ولو اختلفا
في ضميمة اللفظ قدم قول مدعي ما يصح معه العقد لاصالة الصحة وعدم الضميمة قوله ولو شرط احدهما
شيئاً معيناً والباقي بينهما فسد لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة عدم الوثوق بالزيادة
لا يصلح دليلاً على الفساد بانفراده كما في عدم الوثوق باصل الربح وانما وجه الفساد اقتضاؤه قطع المضاربة
الاشتراك في جميع الربح كما تقدم وللقول الصادق ع في صحيحة الى معين الربح بينهما ومثله رواية اسحق
بن عمار عن الكاظم ع وهنا الربح ليس بينهما اذ ان وثق بالزيادة بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه على
تقدير عدمها لمن شرطه فعلى هذا يفسد العقد وان وثق بالزيادة قوله ولو قال خذه على النصف صح
وجه الصحة ان المتبادر من العبارة ان الربح بينهما نصفين وهو تعيين او ان المالك لا يفتقر الى تعيين
او ان المالك لا يفتقر الى تعيين حصته لان نماء ماله تابع له وانما يفتقر اليه العامل فيكون المراد
بالنصف انه للعامل لانه المحتاج الى الاشتراط فيه فظهر لان اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون
للمالك والآخر لا يحتاج الى ذكره لتبعيته للمال فيفسد لانتفاء العقد على تعيين حصة العامل لا

كون اللفظ

كون اللفظ المشترك يحمل لاحد معانيه والعود بالصحة متجه لتبادر المعنى المصحح من هذا اللفظ قوله وكذا على ان
الربح بيننا او يقضي بالربح بينهما نصفين لاستوائهما في السبب المقتضي للاستحقاق والاصل عدم التفاضل
كالواقر لهما بشيء كالوقف لا المقر الشيء لفلان بيني وبين زيد خالف في ذلك بعض الشافعية فحكم ببطلان
العقد لان البينية تصدق مع التفاوت بحيث ان بينهما يتجه استحقاق الربح ورد بمنع صدقها على غير التساوي
مع الاطلاق نعم لو انضم اليه قرينة صح حمله على غيره بواسطتها قوله لو قال على ان لك النصف صح ولو قال
على ان لي النصف واقتصر لم يصح لانه لم يعين للعامل حصة الفرق بين الصيغتين ان الربح لما كان تابعا
للمال في الاصل كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصته فان عينها كان تاكيدا واما تعيين حصة العامل
فلا بد منه لعدم استحقاقها بدونه فاذا قال النصف لك كان تعيينا لحصة العامل والباقي على حكم
الاصل اما اذا قال لي النصف فيبطل العقد ويحتمل الصحة وحمل النصف الآخر على انه للعامل نظرا الى عدم الفرق بين الصيغتين
عرفا وعملا بمفهوم التخصيص ويضعف بعدم استقرار العرف على ذلك وضعف دلالة المفهوم والاجود
البطلان قوله ولو شرط لغلامه حصة معهما صح عمل الغلام ام لم يعمل ولو شرط لاجنبي وكان عاملا صح
وان لم يكن عاملا فسد وفيه وجه آخر الاصل في الربح ان يكون بين العامل والمالك خاصة على ما يقتضيه لانه
فلا يصح جعله لاجنبي ولو فرض كونه عاملا كان بمنزلة العامل المتعدد فلا يكون اجنبيا فاذا شرط حصة لغلام
احدهما الرق فهو كشرط المالكة صحيح لان العبد لا يملك شيئا ولو قلنا بملكه كان كالاجنبي وحيث شرط
لاجنبي شرط عمل فلا بد من ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من اعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها وانما
يصفه بالاجنبية مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من يكون اليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد
وهذا المشروط له ليس كذلك بل انما شرط عليه عمل مخصوص بان يحمل لهم المتاع الى السوق او يدلل عليه
ونحو ذلك من الاعمال الجزئية المضبوطة فلو جعل عاملا في جميع الاعمال كان العامل الذي هو احد اركان
العقد متعددا وهو غير محل الفرض فهذا يندفع ما قيل من ان شرط العمل ينافي كونه اجنبيا والوجه الآخر
الذي اشار اليه المصنف في الاجنبي قيل انه اذا اشترط للاجنبي يصح الشرط وان لم يعمل لعموم المؤمنون عند
شروطهم واوفوا بالعقود وقيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى اصله لئلا يخالف مقتضى
العقد ولقدوم العامل على ان له ما عين له خاصة وهذا الوجه لم يذكره غيره وليس بمعروف فلذلك احتمله
فيه قوله ولو قال لك نصف ربحه صح وكذا لو قال ربح نصفه الاشهر صحة القراض في الصورتين وانه لا فرق
بينهما من حيث المعنى لان النصف لما كان مشاعا فكل جزء من المال او ربح فنصفه بجزء للعامل ونصفه للمالك
لمقتضى الشرط وخالف في ذلك الشيخ في احد قوليه فجعل الثاني باطلا لمنافاته مقتضى القراض من ان يكون
الربح بينهما وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا اشتراك فيه للعامل ولا الآخر بالعكس وربما
ربح ونصف خاصة فيختص به احدهما او ربح اكثر من النصف فلا يكون الحصة معلومة واجيب بان الاشاعة

لبث الى نصف معين بل مبهم فان ربح احد النصفين فذلك الذي ربح هو المال والذي لم يربح لا اعتداد به حيث
كان النصف مشاعا فكل جزء منه لم يربح نصفه قوله ولو قال لاثنين لكما نصف الربح صح وكان فيه سواء ولو
فضل احدهما صح ايضا وان كان عملهما سواء انما نساويا مع الاطلاق فلاقتضائه الاشتراك والاصل عدم
التفضيل ولان المتبادر منه عرفا كما سبق في قوله بيننا واما مع التفضيل فهو صحيح عندنا وان اختلف عملهما
لان غاية اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير وهو الحصة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها ولان عقد
الواحد مع الاثنين كعقدين فيصح كما لو قارض احدهما في نصف المال بنصف الربح والاخر في نصفه الاخر بثلث
الربح فانه جائز اتفاقا فاختلاف البعض لعامة حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل قياسا على
اقتضاء الشركة الابدان ذلك والاصل والفرع عندنا باطلان قوله ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول
المالك مع يمينه لانه منكر الزائد ولان الاختلاف في فعله وهو ابصر به لان الاصل تبعية الربح للمال فلا يخرج
عنه الا ما اقر المالك بخروجه هذا مع عدم ظهور الربح اما معه فظاهر المصنف انه كذلك لعين ما ذكر وبه قال
استوجه بعض المحققين التحالف لان كلا منهما مدعي ومدعى عليه فان المالك يدعي استحقاق العمل الصادر
بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيجي القول بالتحالف لان ضابطه كما سلف في البيع ان يدعي كل واحد
ما يدعيه الاخر بحيث لا يجتمعان على امر مختلفان فيما ادعاه عليه وهو ضعيف لان نفس العمل لا يتنازع
الدعوى لانه بعد انقضائه لا معنى لدعوة المالك استحقاقه وكذا قبله لان العقد جائز لا يستحق به العمل
وانما المستحق المال الذي حاصله للمالك وحقيقة النزاع فيه فيجي فيه ما تقدم من الاصول قوله ولو دفع
قراضا في مرض الموت وشرط ربحا صح وملك العامل الحصة لا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة للعامل
بقدر اجرة المثل وازيد اذ لا تفوت في ذلك على الوارث حتى يعتبر من الثلث فان المتوقف على اجازته او
نفوده من الثلث هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حالة التبرع وهنا ليس كذلك لان الربح امر معدوم
متوقع ولد ولیس مالا للمريض وعلى تقدير حصوله فهو امر جديد حصل بسعي العامل وحدث على ملكه بعد
العقد فلم يكن للوارث فيه اعتراض قوله ولو قال العامل ربحت كذا ثم رجع لم يقبل رجوعه وكذا لو ادعى
الغلط اما لو قال خسرت او قال ثم تلف الربح قبل اما لم يقبل قوله في الاولين لانه انكاره مكذب لاقراره
الاول فلا يسمع كما في رجوع كل مقر ولا فرق بين ان يظهر لدعواه الكذب او لا وجهان كما لو قال كذبت
لتزيد المال في يدي لئلا يأخذ المال مني فيلزم الاخذ في العقد لعامة حيث قيل قوله في الاول لان ذلك واقع من بعض العاملين
لاجل هذا الغرض وانما قبل قوله خسرت او تلف الربح فلانه امين هذا اذا كانت دعوى الخسران في وقت
محتمل بان عرض في السوق كساد ولو لم يحتمل لم يقبل بنص عليه في التذكرة قوله والعامل يملك حصته من الربح
بظهوره ولا يتوقف على وجوده ناضا هذا هو المشهور بين الاصحاب بل لا يكاد يتحقق فيه مخالف
نقل في كتب الخلاف عن احد من اصحابنا ما يخالفه من جهة مع ذلك الاطلاق قد نصوص بان العامل يملك

ما اشترطه له

ما شرط له من الربح وهو متحقق قبل الانضاض وقبل القسمة ولان سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد
فيجب ان يثبت مقتضاه متى وجد الربح كما يملك عامل المساقاة حصته من الثمرة بظهورها ولان الربح مع
ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقا ولا يثبت احكام الملك في حقه فيلزم ان يكون
للعامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقا ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا لانها فرع الملك ولا كفى
في استحقاقها مجرد العلامة لان الفائدة ليست قسمة حقيقية وانما قسمة يقتضيها حقيقة ولانه لو لم يكن مالكا
بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه لو اشتراه والتالي باطل لحديث محمد بن قيس عن الصادق ع قال قلت له
رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا انعتق واستسعى
في مال الرجل والمقتضي للاعتاق انما هو دخوله في ملكه ونقل امام فخر الدين عن والده ان في هذه المسألة
اربعة اقوال ولكن لم يذكر القائل باحد منها احدها انه يملك بمجرد الظهور وثانيها انه يملك بالانضاض لانه
قبله غير موجود خارجا بل مقدر موهوم والمملوك لا بد ان يكون محقق الوجود فيكون الظهور موجبا لا
لاستحقاق الملك بعد التحقق ولهذا يورث عنه ويضمن حصته من تلفها سواء المالك والاجنبي وثالثها
انه انما يملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال كساير
الاموال المشتركة والتالي باطل لانحصاره في الربح ولانه لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة
جايزة والعمل فيها غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كالجعالة ورابعها ان القسمة كاشفة
عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل
الموجب للملك وفي التذكرة لم يذكر المسألة عن ساير الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الاولين
وجعل الثاني للشافعي في احد قوليه ولاحمد في احدى الروايتين ووافقا في الباقي على الاول فلا يدرى لمن
ينسب هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة الماخذ فانا لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود لان المال
غير منحصر في النقد فاذا ارتفعت قيمة العروض فراس المال منه ما قابل قيمة راس المال والزايد ربح وهو
محقق الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكا فان الدين مملوك وهو غير موجود
في الخارج بل هو في الذمة امر كلي هذا ما على الثاني وعلى الثالث انه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث
على الشياع ويجوز ان يكون مالكا ويكون ما يملكه وقاية لراس المال فيكون الملك متزلزلا واستقراره
مشروط بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه
لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح اكثر مما شرط ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ولان القسمة
ليست من العمل في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه لالحاقها بالجعالة وقد نبه عليه
[illegible] الرابع ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع لانه مبني عليها اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير
الملك بالظهور فهو ليس بملك تام مستقر لان الربح وقاية لراس المال فلا بد لاستقراره من امر اخر وهو اما

انضاض جميع المال او انضاض قدر راس المال مع الفسخ او القسمة او لا معها على قول قوي و تبدو نه بحيرة ما ينفع
في التجارة مع تلفه و خسرانه سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة ام مرتين و في صفقة ام اثنتين و في سفرة
ق
او سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن راس المال في زمن ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا ربح وهو مختار
و سياتي بعض احكام ذلك قوله العامل امين لا يضمن ما يتلف الا عن تفريط او خيانة المراد بالخيانة ما
يعبر عنه في نظايره بالتعدي فان استعمال شيء من اموال القراض و كل على غيره وجهة و انفاقه كذلك يقال
خيانة للمالك و تعدي للحد الذي قرره الشارع والفرق بينهما وبين التفريط حد و هو ترك ما يجب فعله
و هنا وحود بان لاشتراكهما في فعل ما يجب تركه قوله و قوله مقبول في التلف لا فرق في ذلك بين دعواه
تلفه بامر خفي كالسرقة و ظاهر كالحرق و لا بين امكان اقامة البينة عليه و عدمه عندنا لكونه امينا فيقبل قوله
يقبل
فيه كساير الامناء بل يقبل من الغاصب كما سياتي ان شاء الله تعالى قوله و هل يقبل في الرد فيه تردد اظهره انه لا
ذلك
وجه عدم القبول ظاهر لاصالة عدمه و لان المطالبة المالك منكر فيكون القول قوله كما ان العامل في
خص
مدع فعليه البينة و ثبوت التخصيص في مثل دعوى التلف لامر خارج لا يقتضي ثبوته مطلقا و القول الا
للشيخ رحمه الله انه يقبل قول العامل لانه امين كالمستودع و الثاني في عدم تقديم قوله من الضرر لجواز كونه
صادقا فتكليفه بالرد ثانيا تكليف بما لا يطاق و اجيب بمنع كلية قبول قول كل امين و بالفرق بينه و بين
المستودع فانه قبض لنفع نفسه والمستودع قبض لنفع المالك و هو محسن محض فلا يناسب اثبات السبيل عليه
لعدم قبول قوله و ما فيه من الضرر و الضرر اللاحق للعامل من عدم قبول قوله مستندا الى حكم الشرع فلا يقدح
والتكليف بما لا يطاق ممنوع بما سياتي لكن يبقى في المسئلة بحث و هو انه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده
الحبس لو اصر على انكاره خصوصا مع امكان صدقه و هم يخرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف و كيف
بثبوته في الامين الا ان يحمل على مواخذته و مطالبته به و ان ادت الى الحبس الاستظهار به الى ان يحصل الياس من
ظهور العين ثم يوخذ منه البدل للحيلولة الا ان مثل هذا ياتي في دعوى التلف خصوصا من الغاصب
و ليس في كلامهم تنقيح لهذا المحل فينبغي النظر فيه قوله اذا اشترى من ينعتق على رب المال فان كان باذنه
صح و ينعتق فان فضل شيء من المال عن ثمنه كان الباقي قراضا و لو كان فيه ربح لمكان مبنى عقد القراض على طلب
لم
الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلا و من جملته شراء من ينعتق على المالك لانه تخسير محض فضلا عن عدم اشتمال
على الغرض المقصود من العقد فان اذن المالك في شرائه صح كما لو اشتراه بنفسه او وكيله و عتق على المالك
و بطلت المضاربة في ثمنه لانه بمنزلة التالف و صار الباقي راس المال ان كان و الا بطلت المضاربة كما لو تلف
جميع المال هذا اذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء فان كان فيه ربح فهل يستحق العامل حصته في العبد او
يكون له الاجرة قولان مبنيان على وقت ملك الحصة فان جعلناه بالانضاض او القسمة فلا اشكال في
عدم استحقاقه هنا لانتفائهما و ان جعلناه بالظهور كما هو المشهور المنصوص احتمل كونه كذلك كما اشاره

المراد بطلان المضاربة بهذا الشرط لعدم كونه من متعلق الاذن فان شرط المضاربة ما اقتضى التقليب والبيع وطلب
الربح مرة بعد اخرى وهو منفي هنا لكونه مستعقبا للعتق فاذا صرف الثمن فيه بطلت وضمن المالك للعامل اجرة
المثل كما لو فسخ المالك بنفسه ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد لتحقق الملك بالظهور ولا يقدح فيه
عتقه القهري لصدوره بان المالك مكان انه استطابفه من المال بعد ظهور الربح والملحق اوضح فيسري على العامل
مع يسار المالك ان قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري ومع اختيار الشريك السبب يقوم نصيبه مع يساره
والا يسعى العبد فيه والاول اقوى لان هذا الشرط ليس من متعلق العقد كما قررناه فان قيل استحقاق العامل
للاجرة انما هو في العمل المحسوب للمضاربة فان قلتم بان هذا ليس من عملها بل خلاف مقتضاه يجب ان
لا يستحق العامل شيئا قلنا استحقاق الاجرة ليس مقصورا على هذا العمل وحده بل عليه وعلى ما تقدم من حركات
السفر وغيره من المقدمات من حين العقد الى الآن لان ذلك كله من متعلقات العقد وقد فسخ باختيار المالك
الذي هو في قوة فسخه فيثبت للعامل عليه الاجرة كما اذا فسخ المالك قبل ان يشتري العامل او بعد ان يسعى في
وعمل ما شاكل ذلك من المقدمات واما هذا العقد فانه وان لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل مامور به
من المالك من قابل مقدر نفسه للعمل بالعوض فيجب ان يثبت له عنه اجرة مثله مضافا الى ما تقدم وعلى تقدير
انفساخ العمل من حين العقد فيه ففي ثبوت الاجرة ان كان مثله مما يحصل الاجرة لا تبرعا بد من ذلك بل المراد ان
كان العمل بما له اجرة فان الاحالة على اجرة المثل يقتضي ان للمثل اجرة قطعا وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل
وعمل الوكيل الذي يبنى عمله على التبرع والاجرة ليست من مقتضياته بخلاف القراض فانه مبني على طلب العوض
على عمله من حصة او اجرة قوله وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل وان كان في الذمة وقع الشراء للعامل
الا ان يذكر رب المال فاذا وقع شراء المذكور بغير اذن المالك فلا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال او في الذمة
وعلى التقديرين فاما ان يكون عالما بالنسب وحكم الشراء المذكور او جاهلا بهما او باحدهما خاصة فالصور
ثمان وعلى تقدير الشراء في الذمة اما ان يذكر المالك للبائع لفظا او ينوي الشراء له خاصة او يطلق ونية
نفسه خارجة من هذا المقام والمصنف رحمه الله لم يفرق في اطلاق كلامه بين العالم بالنسب والحكم والجاهل
وخلاصة القول في ذلك انه اذا اشترى بعين المال بطل اي لم يقع لانه ما لكنه يكون فضوليا يتوقف على الاجازة
مع احتمال ان يريد بالبطلان حقيقة نظرا الى النهي عن الشراء المذكور من حيث منافاته لغرض القراض واشتماله
على الاتلاف المحض ويضعف بان غايته التصرف في مال المالك بغير اذنه وذلك هو الفضولي بعينه والنهي
فيه لا يبلغ حد الفساد كنظائره هذا مع علمه بالنسب والحكم اما مع جهله فيحتمل كونه كذلك لان الاذن في هذا
الباب انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ولا يتناول غير ذلك فلا يكون ما
سواه مأذونا فيه ولا لتناسب الى [illegible] الظاهر لا يقتضي الاذن غايته انه عذر في الجهالة وهذا هو الذي دل عليه
اطلاق المصنف ويحتمل صحة البيع ويحكم بعتقه على المالك قهرا ولا ضمان على العامل لان العقد المذكور انما

فتبين شرائط ما ذكر بحسب الخلاف في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه تكليف ما لا يطاق وكما لو
اشترى معيبا لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب الفرق بين العيب المانع لجواز شراء المعيب اختيارا دون ما لا يعلم فيما
نحن فيه لان الكلام في حالة لا ربح فيها كالعيب المفروض الذي يأتي على النفس والحال انه جاهل به واتفق ظهوره عنه في حال
اخرى لا دخل له في الحكم وكذا القول بان التكليف الغافل بما لا يطاق انما يقتضيان عدم الاثم لا صحة العقد
لحكمهم بصحة العقود التي يظن فيها الربح وان ظهرت على خلاف ذلك بل على ضده فليكن هنا كذلك فالحكم موضع
اشكال ويقوى الاشكال في جاهل احدهما خصوصا جاهل الحكم لانه غير معذور لاقدامه على المحظور فان
العلم مقدور له اما جاهل النسب فمعذور بما تقدم وان اشترى في الذمة لم يقع للمضاربة لما تقدم من
عدم تناول الاذن له لكن ان كان ذكر المال لفظا فهو فضولي وان نواه خاصة وقع للعامل ظاهرا وبطل
باطنا فلا يعتق ويجب عليه التخلص منه على وجه شرعي اذ ليس مالكا له في نفس الامر للنية المنافية عنه وان
اطلق وقع له مطلقا قوله اذا كان المال لامرأة فاشترى زوجها فان كان باذنها بطل النكاح الى قوله
وهو اشبه لا شبهة في صحة الشراء اذا كان باذنها لان الضرر جاء من قبلها ويبطل النكاح لامتناع اجتماع
الملك والنكاح على ما هو محقق في بابه وان كان بغير اذنها فقد نقل المصنف فيه قولين احدهما الصحة والقائل
غير معلوم ووجهه انه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه ولا يتلف به راس المال فجاز كما لو اشترى ما ليس
بزوج والثاني بطلان الشراء لما ذكره المصنف من العلة وهي حصول الضرر على المالك به فيكون ذلك دليلا
على عدم الرضا وتقييد لما اطلقت من الاذن بدليل منفصل عقلي او نحوه وينبغي على هذا ان يكون موقوفا
على اجازتها اذا قلنا بتوقف عقد الفضولي عليها ويحتمل ان يريد بقائل البطلان مطلقا لما ذكره من القرينة
المفيدة فيصير الاقوال ثلثة وقد نقلها العلامة كذلك وان كان القائل بها غير محرر ولا قوي البطلان
مع عدم الاجازة اذا تقرر ذلك فعلى القول بالبطلان مطلقا الحكم واضح وعلى وقوفه ان بطلته فكذلك
وان كان [illegible] نه مطلقا بطل النكاح ولم يضمن العامل ما فاتها من المهر والنفقة لان فواته مستند الى
اختيارها وعلى القول بالصحة يضمن ما فات بسببه مع علمه بالزوجية لانه المفوت بجنايته فيلزم مطلقا
لكن ضمانه للمهر ظاهر اما النفقة فمشكل لانها غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ولا موثوق باجتماع شرائط
بل ليست حاصلة لانها من جملة الممكن في الزمن المستقبل وهو غير واقع الا ان يقال بانه يضمنها على
التدريج وهو بعيد والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي ذكره جماعة قوله اذا اشترى
للعامل اباه فان ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح وسعى المعتق في باقي قيمته سواء كان العامل موسرا او معسرا
اذا اشترى العامل بمال القراض من ينعتق عليه كابيه فعند المصنف لانه مورد الحالين فلا يخلو اما ان يكون
فيه ربح حين الشراء ولا فان لم يكن فيه ربح سابقا ولا لاحقا فالبيع صحيح لا ضرر فيه على احدهما ولا
عتق وان كان فيه ربح من حين الشراء فلا يخلو اما ان نقول بان العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره

او يتوقف على اجازة الامر بعده فان قلنا باجازة الامر لم يعتق ايضا فلا مانع من شرائه وان قلنا بالاول ففيه
وجهان اختار المصنف هنا الصحة لوجود المقتضي وهو صحة البيع والعتق نصيب العامل ولا يسري الى نصيب المالك بل يستسعى العبد
في باقي قيمته للمالك وان كان العامل موسرا اما صحة البيع فلوجود المقتضي وهو صدوره من جائز التصرف على
وجهه وانتفاء المانع اذ ليس الا حصول الضرر على المالك وهو منتف هنا لان العتق انما هو على العامل دون
المالك واما عتق نصيب العامل فلاختيار السبب المفضي اليه كما لو اشتراه بماله واما عدم سريان العتق على
العامل مع يساره فلصحيحة محمد بن ابي عمير عن محمد بن قيس عن ابي عبد الله ع في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة
فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا عتق واستسعى في مال الرجل اطلق الحكم بالاستسعاء
من غير سؤال عن حال العامل هل هو موسر ام معسر وترك الاستفصال في مثل ذلك دليل العموم ولئن
السؤال عن رجل معين يحتمل كونه عرف حاله بل عن مطلق يحتمل الامرين لان التقويم عليه على خلاف الاصل
اذ هو شغل لذمة بريئة فيقتصر فيه على موضع الوفاق والوجه الثاني الحكم بحاله لانه يقوم على العامل مع يساره
لاختياره السبب وهو موجب للسراية لان اختيار السبب اختيار للمسبب كما سيأتي ان شاء الله تعالى نعم وحملت الرواية على
اعسار العامل جمعا بين الادلة او على تجدد الربح بعد الشراء كما سيأتي في الثالث بطلان البيع لانه مناف
لمقصود القراض اذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقليب للاسترباح وهذا الشراء يتعقب
العتق له بيانا في ذلك يكون مخالفا للتجارة فيكون باطلا لعدم الاذن فيه او موقوفا على الاجازة والاوسط
لاحق من قوة لولا اطلاق الرواية وان لم يكن فيه ربح حال الشراء ثم ظهر بارتفاع السوق بنا على الاقوال
كما مر وان قلنا بملكه بالظهور عتق نصيب العامل ايضا قطعا لحصول المقتضي لكن هل يسري عليه لو كان موسرا في
السابق وجهان احدهما المخالفة لاختياره السبب وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق
وهو اختيار للسبب فيه نظر لان الشراء ليس هو مجموع السبب بل جزؤه والسبب القريب انما هو ارتفاع
السوق ولا دخل لاختياره فيه لا يكون مختارا للسبب لان جزءه غير مقدور ولكن اطلاق الرواية السابقة
متناول له فانه يشتمل ما لو كان الربح موجودا حال الشراء او متجددا بعده وقد ترك الاستفصال ايضا فيعم كما مر
والوجه الثاني عدم السراية لعدم اختياره السبب كما قد علم من مطلوبي السابق والاول قوي لولا معارضة
اطلاق الرواية وهذا هو السر في اطلاق المص الحكم بالعتق من غير نظر الى تجدد الربح ووجوده وعدم السراية
على العامل مطلقا تقييدا باطلاق النص وان كان منافيا لما سيأتي من القواعد في بابه قوله اذا فسخ المالك
صح وكان للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت ولو كان بالمال عروض الخ اذا انفسخ عقد القراض فلا يخ اما ان
يكون فسخه من المالك او من العامل او منهما او من غيرهما كعروض ما يقتضي الانفساخ من موت وجنون
وغيرهما وعلى كل تقدير فاما ان يكون المال ناضا كله او قدر راس المال او الجميع عروضا او بعضه دون
ذلك وعلى التقادير الستة فاما ان يكون قد ظهر ربح او لا بالقوة كوجود من يشتري بزيادة عن القيمة

اما هذه اقسام المسئلة وهي اثنان وثلثون واكثر حكمها مختلف يحتاج الى التفصيل والمصنف ذكر حكم ما لو كان الفسخ
من المالك مع بعض اقسامه كما يجيء وجملة احكامها ان المال ان كان ناضا ولا ربح اخذه المالك ولا شيء للعامل
الا ان يكون الفسخ من قبله فعليه اجرة العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه اطلاق المصنف لان عمله محترم صدر باذن
المالك على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق اجرة المثل الى حين
الفسخ ويشكل بانه لم يقدم الا على الحصة على تقدير استمراره الى ان يحصل وهو يقتضي عدم عمله قبل حصولها
فاذا خالف فقد فوتها عليه فيجب عليه اجرته كما اذا فسخ العامل بعد الشروع في العمل وفيه نظر لان رضاهما بهذا
العقد قدوم على مقتضياته ومنها جواز فسخه في كل وقت ولا اجرة لا دليل عليها وهذا البحث آت فيما لو فسخ
المالك قبل الانضاض ايضا وان كان قد ظهر ربح والحال انه بعد الانضاض اخذ العامل حصته منه وان قلنا صحة
اتفاقا وان كان الفسخ قبل الانضاض ولم يظهر ربح اخذه المالك ايضا وهل للعامل ان يبيعه لو اراد من دون
رضاء المالك قولان مبناهما كونه ملك المالك فلا يجبر على بيعه والغرض عدم تعلق حق العامل به حيث لا ربح
ومن تعلق حق العامل به واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح وضعف الاخير ظاهر نعم لو كان
الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز لانه في قوة ظهور الربح ولو انعكس الحال بان طلب المالك منه انضاض
المال ولا ربح فيه ففي اجبار العامل عليه قولان من ظاهر قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد اخذه نقدا فيجب
رده اليه كما قبض ولان التغير في المال بفعله فيجب رده كما كان وكذا ان حصل التغير باذن المالك واصالة البراءة من عمل
لا عوض عليه بعد ارتفاع العقد ولعله اقوى وان كان قد ظهر ربح والحال انه قبل الانضاض وقلنا يملكه
بالظهور فان اتفقا على اخذ حقه منه بغير انضاض فلا بحث والا فان طلب المالك انضاضه وجب على العامل اجابته
لان استحقاقه الربح وان كان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه
وان طلب العامل البيع خاصة ففي وجوب اجابة المالك له وجهان مأخذهما امكان وصول العامل الى
حقه بقسمة العروض واسقاط باقي العمل عنه تخفيف من المالك لانه حقه فلا يكلف الاجابة الى بيع
ماله بعد فسخ المعاملة وان حال العامل لا يزيد على حال الشريك ومعلوم انه لا يكلف شريكه اجابته الى البيع
ومن وجوب تمكين العامل من الوصول الى غرضه الحاصل بالاذن وربما لم يوجد راغب في شراء بعض
العروض او وجد لكن بنقصان او رجي وجود زبون يشتري بازيد فيزيد الربح ولا يرد ان للعامل [illegible]
على الشريك من حيث ان حقه يظهر بالعمل والربح عوضه ولو قلنا بتوقف ملكه على الانضاض او غيره فوجوب
اجابته ابعد وموضع الاشكال ما اذا طلب العامل البيع في الحال اما لو طلب تأخيره الى وقت متأخر لكونه
متوقع فليس له ذلك قطعا للضرر ولو كان الفسخ في هذه الصورة من العامل فالحكم كذلك الا ان
استحقاقه الاجرة لو كان ناضا لا ربح فيه ابعد وكذا وجوب اجابة المالك له الى بيعه في الحالين لان المانع
من قبله وفي تذكره اطلق الحكم بثبوت الاجرة له لو فسخا العقد او احدهما وكان ناضا او لا ربح ولو كان بعضه

ناقصا فان كان قدر راس المال اتجه عدم اجبار العامل على انضاض الباقي لرجوع المال الى المالك كما كان وان لم ينضه
لو كان ازيد ولو كان اقل توجه جواز اقتصاره على انضاض قدره لو قلنا باجباره على الانضاض فيما سبق وفي
اكثر هذه الفروع اشكال من عدم نص على المتعين ومعارضة الوجوه الدالة على الحكم وحملها بما قد رايت قوله
وان كان سلفا كان عليه جبايته قد عرفت ان العامل ليس له البيع بالدين الا مع الاذن وكذا النسية كالسلف
فمع عدم اذن المالك فيه يكون الثمن مضمونا على العامل ولا كلام فيه هنا انما الاذن فيه وقد اطلق المص وجماعة
بوجوب جبايته على العامل [illegible] وغيره من الدين المأذون فيه لاقتضاء المضاربة رد راس المال على صفته
والديون لا تجري مجرى المال ولان الدين ملك ناقص والذي اخذه كان ملكا تاما فليرد كما اخذ لظاهر على اليد
ما اخذت حتى تؤدي ويحتمل عدم الوجوب لمنع كون المضاربة كما ذكر والحال ان الادانة باذن المالك
ولا منافاة لبراءة الذمة من وجوبه ويضعف بان اذن المالك فيه انما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة
بدلالة القراين ولاقتضاء الخبر ذلك ولو قلنا فيما سبق بجواز اجباره على بيع العروض فهذا اولى قوله وكذا
لو مات رب المال وهو عروض كان له البيع الا ان يمنعه الوارث وفيه قول الحكم هنا مبني على ما سلف من الفسخ
فان الموت من جملة اسبابه فوجوب اجابة كل واحد من العامل والوارث لو طلب الاخر فيه ما سلف من التفصيل
والقول الاخر هنا انه ليس للعامل البيع وان لم يمنعه الوارث لان المال لحق لغير من اذن فيه والا فلا يجوز فيه
التصرف الا باذنه لبطلان العقد وهو متوجه قوله اذا قارض العامل غيره فان كان باذنه وشرط الربح بين العامل
الثاني والمالك صح ولو شرط لنفسه لم يصح لانه لا عمل له اذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون معنى جعل العامل
هو الثاني والعامل الاول لا له اذا اراد ذلك بمنزلة الوكيل للمالك وقد يكون بمعنى ادخال من شاء معه وجعلهما
عاملين وقد يكون بالاعم منهما ومراد المص هنا الاول ومن ثم لم يصح ان يجعل له شيئا من الربح لانه ليس
بعامل وقد تقدم ان مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك والعامل ولا فرق في هذه الصورة
بين جعل الحصة للعامل الثاني بقدر حصة الاول ودونها لان المقصود هنا وان كان سعي العامل
الاول فليس بعمل من اعمال التجارة التي يستحق بها حصة ولو كانت الاذن بالمعنى الثاني او بالاعم وجعل
الثاني شريكا له في العمل والحصة بينهما صح لانتفاء المانع في الاول وهو عدم العمل قوله ولو كان بغير
اذنه لم يصح القراض الثاني فان ربح كان نصف الربح للمالك والنصف الاخر للعامل الاول وعليه اجرة الثاني
وقيل للمالك ايضا الى قوله والاول احسن اذا قارض العامل بغير اذن العامل وسلم المال فلا يخلو اما ان يبقى المال
في يد الثاني موجودا او تلف وعلى التقديرين اما ان يظهر ربح او لا وعلى التقادير اما ان يكون الثاني عالما بان الاول
غير مالك للمال ولا مأذون له في ذلك او لا وعلى التقادير اما ان يجيز المالك العقد الثاني او يرده فان لم يجزه بطل
ورجع في ماله ان وجده باقيا ان لم يربح فيه وان وجده تالفا تخير في الرجوع على ايهما شاء لتعاقب ايديهما
على ماله فان رجع على الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده لا مع جهله على الاقوى ولذلك

بالتاسع ونصف الربح للمالك يعني لشكال اما النصف الاخر ففيه اقوال احدها ما اختاره المص من انه للعامل الاول
لوقوع العقد الصحيح معه فيستحق ما شرط وعقده مع الثاني فاسد فلا يتبع شرطه وعلى هذا فللثاني اجرة مثل عمله
على الاول لانه غرّه وهذا يتم مع جهل الثاني لا مع علمه وفيه مع ذلك ان الشراء ان كان بعين المال والحال انه غير ما
دون من المالك هو فضولي فينبغي ان يقف على اجازته فان اجاز فالجميع له لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني
غير ماذون وان كان في الذمة ونوى وصرح بالمالك فكذلك والا وقع لمن نواه او لنفسه ان اطلق فلا يتم
ما اطلق في هذا القول وثانيها ان النصف الاخر للمالك ايضا لان العامل الاول لم يعمل شيئا والثاني عقده فاسد
ولا بد من تقييده بما ذكرناه وعلى هذا فاجرة الثاني على الاول مع جهله لا على المالك لعدم امره وثالثها
ان النصف بين العاملين بالسوية اتباعا للشرط خرج منه النصف الذي اخذه المالك فكانه تلف والمختص
الربح في الباقي وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الاول بنصف اجرته لانه دخل على نصف الربح بتمامه ولم يسلم
الا نصفه ويحتمل هنا عدم الرجوع لان الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل ولم يحصل الا النصف هذا
كله مع جهل الثاني ليتم التوجيه وهذه الاقوال ليست لاصحابنا ولا نقلها عنهم احد ممن نقل الخلاف وان
كان ظاهر العبارة يقتضي بقيل وقيل يشعر به وانما هي وجوه للشافعية موجبه ذكرها المص والعلامة في كتبه و
الشيخ في المبسوط قريبا منها ما اطبقا راحوى غير منقحة ولهم وجه رابع ان جميع النصف للعامل الثاني عملا
بالشرط ولا شيء للاول اذ لا ملك له ولا عمل والتحقيق في هذه المسئلة المرتب على اصولنا ان المالك ان
اجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط وان لم يجز وبطل الشراء ان كان بالعين ووقف على اجازة المالك
فان اجاز فالملك له خاصة ولا شيء لهما في الربح اما الاول فلعدم العمل واما الثاني فلعدم الاذن له وعدم
وقوع العقد معه وللثاني اجرة مثل عمله على الاول مع جهله لا مع علمه وان كان الشراء في الذمة ونوى
صاحب المال فكذلك وان نوى من غاصب وقع الشراء له لانه وكيله وان لم ينو شيئا او نوى نفسه فالعقد له
والضمان للمال عليه لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة
على الاول مع جهله ان لم يتعد مقتضى المضاربة عمدا قوله اذا قال دفعت اليه مالا قراضا فانكر فاقام
المدعي بينة فادعى العامل التلف قضي عليه بالضمان وكذا لو ادعى عليه وديعة او غيرها من الامانات
لان دعواه التلف مكذبة لانكاره الاول وموجبة للدفع به وانكاره الاول تعد للمال فيكون ضامنا و
قضي عليه بالضمان معناه الحكم عليه بالبدل مثلا او قيمة لا ضمان نفس الاصل لئلا يلزم تخليده الحبس و
العبارة اجود من قول العلامة لم يقبل دعواه لاستلزامه عدم القبول بحبسه الى ان يدفع العين وقد
يكون تالفا الا ان يتكلف بنحو ما تقدم من حبسه مدة يظهر فيها الياس من وجدان العين ولا فرق في هذا
بين مال المضاربة وغيره من الامانات كما ذكره لوجود المقتضي في الجميع نعم اما لو كان جوابه لا تستحق عندي
شيئا وما اشبهه لم يضمن اذ ليس في ذلك تكذيب للبينة ولا للدعوى الثانية لان المال اذا تلف بغير

تفريط لا يستحق عليه بسببه شيئاً ويحتمل ان يقبل قوله في التلف بغير تفريط مع يمينه قوله اذا تلف مال القراض او
بعضه بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو تلف قبل ذلك وفي هذا تردد ظاهر العبارة ان جميع
مال القراض لو تلف ثم تجدد ربح بالربح بعد الدوران يمكن اما مثله فانه يوجب بطلان العقد فلم يمكن جبره الا ان
يحمل على ما لو اذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال ونقد عنه الثمن فان القراض يستمر ويمكن جبر ربح
بالربح المتجدد ولو كان التالف بعض المال امكن جبره على التقديرين ووجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران
من ان وضع المضاربة على ... ح وقاية الراس المال فلا يستحق العامل ربحا الا بعد ان يبقى راس المال كاملا
للدخول على ذلك وعدم دورانه لا دخل له في الحكم لحلاف فرض ان التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف
عن كونه مال قراض والاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه مال قراض هو العقد لا دورانه في التجارة فمتى تصور
بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف مطلقا والمراد بدورانه في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء لا مجرد
السفر به قبل ذلك واطلاق المصنف الجبر مع تلف بعض مع بعد الدوران يشمل ما لو تلف بافة سماوية وبغصب غاصب
وسرقة سارق وغير ذلك ووجه الاطلاق ان الربح وقاية لراس المال فما دام المال لا يكون موجودا لا يحكم ربح ولا
وربما قيل باختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف لانه بمنزلة الموجود فلا حاجة الى
جبره ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه
والمشهور عدم الفرق لا يخفى ان الكلام مع عدم حصول العوض من المتلف والا كان العوض من جملة
المال وقد ظهر بذلك ان الخلاف وقع بعد الدوران وقبله الا انه ليس مطلقا بل على بعض الوجوه قوله
اذا قارض اثنان واحدا وشرط له النصف منهما تفاضلا في النصف الاخر مع التساوي في المال كان فاسدا
لفساد الشرط وفيه تردد وجه الفساد ان الربح يجب ان يكون تابعا للمال فاذا اشترطا له النصف كان النصف
الاخر بينهما بالسوية فشرط التفاوت يكون شرطا لاستحقاق ربح بغير عمل ولا مال ووجه التردد مما ذكر
ومن انه يرجع ذلك الى ان اخذ الفاضل يكون من حصة العامل لا من حصة الشريك لان الاصل انما اقتضى
التساوي في الربح للشريك مع التساوي في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفا الى حصة العامل
بمعنى ان شارط الزيادة يكون قد جعل للعامل اقل مما جعل له الاخر فيقتضيه وهو جائز هنا مع اطلاقها
شرط النصف له من غير تعيين ما يستحق على كل واحد فانه كما يحتمل الصحة حملا على ما ذكرنا يحتمل البطلان
فيرجح جانب الصحة لامكان الحمل عليه ولعموم اوفوا بالعقود وهذا هو الاقوى اما لو صرحا باستحقاقه
من نصيب كل منهما بخصوصه نصفه فانه يجيء في صحة العقد والشرط ما سبق في الشركة من اشتراط التفاوت
في الربح مع تساوي المالين وبالعكس وحيث قيدنا الصحة بجعل طالب الزيادة يبطل هنا اذ لا عمل
قوله اذا اشترى عبدا للقراض فتلف الثمن قبله يلزم صاحب المال ثمنه دائما ويكون الجميع راس ماله
وقيل ان كان اذن له في الشراء في الذمة فكذلك والا كان باطلا ولا يلزم الثمن احدهما القول الاول

للشيخ في المبسوط والثاني لابن ادريس وابن حمزة في [illegible] والاقوى هنا ما اسلفناه سابقا من التفصيل وهو ان
كان العامل اشتراه في الذمة والمالك اذن له في الشراء في الذمة لزم دفع الثمن ثانيا وثالثا دائما والا فان صرح
بكون الشراء له وقف على اجازته فان اجازه لزمه الثمن والا بطل البيع وان لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل والثمن
عليه باطنا ويبقى فيما لو نواه ما مر وان كان اشتراه بعين المال فهلك قبله دفعه بطل العقد وحيث يلزم المالك
الثمن ثانيا يكون الجميع راس مال لجبر جميعه بالربح اذا نض قدر الربح فطلب احدهما القسمة فان اتفقا
صح وان امتنع المالك لم يجبر فان اقتسماه الى قوله واحتسب المالك [illegible] ملك العامل الربح قبل
القسمة غير مستقر لجواز تجدد تلف او خسران وهو وقاية لمال فمن ثم لا يجبر المالك على قسمة فان اتفقا
قبل القسمة لم يملكه العامل مستقرا ايضا بل مراعى بعدم الحاجة اليه لجبر الخسران وما في معناه وح فان
اتفق الخسران بعد القسمة رد العامل اقل الامرين مما وصل اليه من الربح ومما يصيبه الخسران لان الاقل
ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له وان كان هو الربح فلا يلزم الجبر الا به وكذا
المالك اي يحتسب رجوع اقل الامرين اليه من راس المال فيكون راس المال ما اخذه هو والعامل في ما بقي
ان احتيج اليه هذا هو الظاهر من عبارة المص وغيره والمناسب لوجه الحكم وللشهيد رحمه الله على هذا ونظائره
من عبارات العلامة توجيه اخر وهو ان يكون المراد رد اقل الامرين مما اخذه العامل من راس المال
لا من الربح فلو كان راس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين فالعشرون التي هي ربح مشاعة في الجميع
نسبتها الى راس المال نسبة السدس فالعشرون المأخوذة سدس من الجميع فيكون خمسة اسداسها من راس
المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين
وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من راس المال فاذا خسر المال الباقي رد اقل الامرين مما اخذ
ثمانية وثلث هذا خلاصة تقريره والحاصل عليه حكمهم بان المالك اذا اخذ من المال شيئا وقد ظهر ربح يحسب
ما اخذه منهما على هذه النسبة وسيأتي في الكتاب اشارة اليه وهذا الوجه ضعيف والحمل على ما ذكر فاسد لان الما
وان كان مشاعا الا ان المالك والعامل انما اراد به الربح وحيث كان المال محصل فيهما فالتمييز منوط بقصدهما
ولو كان يدخل في ذلك من راس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه لان المالك لم يأذن له الا في التصرف
في الربح ولم يقع القسمة والاتفاق الا عليه وايضا فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده
من الربح مع اتفاقهم على كونه وقاية وان اقتسماه وايضا فتوقف رد العامل راس المال على ظهور الخسران
لا وجه له لانه لا يملك شيئا من راس المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ المالك فليس بجيد لان المالك
لا يأخذ على وجه القسمة وانما يأخذ ما يعده ملكه فلما كان فيه ربح وهو شايع دخل فيه جزء من الربح على نسبة
المأخوذ فيحتسب راس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الاصل والربح واين هذا من
اخذ العامل الذي لا يستحق الا في الربح ولا يقاسم المالك الا عليه خاصة لا يصح ان يشتري رب المال من

العامل ماله ولا يعقل ان يشتري الانسان ماله وهذا يتم مع عدم ظهور الربح اما معه فلنا انه يملكه به الخرج وان
تزلزل حق العامل وان كان متزلزلا فلو ظهرت الحاجة اليه احتمل صحة البيع ولكن يلزم العامل رد قيمتها
اخذ كما لو كان قد باعها الغير المالك او اتلفها او يحتمل بطلان البيع لان الملك غير تام بل هو جار مجرى عدم الحاجة
الى البيع وقد ظهر مثله القول في الاخذ بالشفعة لانه مع عدم ظهور الربح لا يعقل اخذ ماله بالشفعة
ومعه يصير شريكا فيمكن اخذه على الوجه المذكور وليس في كلامهم تنقيح المحل قوله وكذا لا اشتري من عبده
الماذون الكلام فيه كما تقدم في شرائه للسيد ولا فرق بين الماذون له في التجارة وغيره نعم حكى الشيخ رحمه الله
قولا بانه اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه وهو قول لبعض الشافعية لانه لا حق للسيد
فيه وانما هو حق للغرماء وفساده ظاهر لان استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروجه عن ملك السيد
كتعلق حق الغرماء بمال المفلس نعم للسيد اخذ ذلك المسألة في هذا الباب استطرادي وكذا ما بعدها
قوله وله الشراء من المكاتب لان ما في يده ملك له وسلطنة المولى قد انقطعت عنه فصار كغيره من الملاك
ولهذا لو اعتق لم يكن للمولى مما في يده شيء ولا فرق في ذلك بين المطلق والمشروط وان كان الحكم في المشروط
اضعف من حيث امكان رده في الرق اذا عجز فيرجع ما بيده الى ملك السيد وليس كذلك المطلق لان ما في يده
يحسب من مال الكتابة لو احتيج اليه قوله اذا دفع مالا قراضا وشرط ان يأخذ له بضاعة قيل لا يصح لان العامل
في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرا وقيل يصح القراض [illegible] كان حسنا الحق لان الاول للشيخ في المبسوط
واحتج على الاول بما اشار اليه المص من ان وضع القراض على ان يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح وهذا العمل
ليس في مقابلته شيء فيفسد الشرط ويفسد العقد لان قسط العامل يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح
وقد بطل ما يقابله فيجهل الحصة ووجه الثاني ان البضاعة لا يلزم القيام بها فلا يفسد اشتراطها بل
يكون لاغيا لمنافاتها العقد ويصح العقد والاقوى ما اختاره المص من الحكم بصحتهما لعموم الامر بالوفاء
بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم ويمنع من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد فان مقتضاه
ان يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح اما غيره فلا فاذا انتفى المانع وورد الدليل المجوز لزم القول بجوازه لكن يبقى في
المسألة بحث وهو ان البضاعة لا يجب القيام بها الا ان مبناها على ذلك والقراض من العقود الجائزة لا يلزم
الوفاء به فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده لان الشرط كالجزء من العقد فلا يزيد عليه والحال ان
المالك ما جعل الحصة المعينة للعامل الا بسبب الشرط فان وفى به فلا بحث والا اشكل الامر والذي
يقتضيه القواعد ان العامل لا يلزمه الوفاء به وصرح في التحرير فيما اخل به بتسلط المالك على فسخ العقد
وان كان ذلك ثابتا بدون الشرط اذ لا يمكن هنا سوى ذلك فان فسخ قبل ظهور الربح فللعامل
الاجرة كاملة وان فسخ بعد ظهوره ففي كون جميع الربح للمالك مطلقا من انه لم يبذل للعامل الا بالشرط وقد فات
ومن عمل العامل له قبل الفسخ والاصل احقاقه والمالك قد قدم على ذلك حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد